Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1806.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1806.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1806.

Fortsetzung
des Tit. 2. Libri V.
de inofficioso testamento.

§. 551.
Wirkungen der Präterition und Exheredation.

Nachdem wir von den Ursachen der testamentlichen Ausschliessung der Notherben und insonderheit von der Form der Exheredation das Nöthige bemerkt haben, so ist nun noch von den Wirkungen der Ausschliessung [1]) zu handeln übrig.

Im

1) Die Hauptschriften über diese Materie sind schon oben S. 197. Not. 32. angeführt. Diesen sind hier noch folgende beyzufügen. *Christ. Gott.* HAUBOLD Diss. iur. civ. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. P. I. praes. *Car. God. de* WINCKLER def. *Lipsiae 1784. Iul. Ge. Paul du* ROI Diss. de testamento ob exheredationem sine elogio factam non ipso iure nullo. *Helmst.* 1780. *Frid. Wilh. Car.* SARTORII Diss. iur. civ. de bonorum possessione, quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt. *Lipsiae 1775.* Herrn Kanzlers Koch Bonorum possessio. Giessen 1799. §. 8. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 524. u. folgg. *Io. Chr.* WOLTAER Flores ad ius querelae de inoff. testamento sparsi. Halae. 1778. Ebendesselben Observationes iuris civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 27. *Io. God.* HARTUNG Schediasm. de eo, quod mutatum Nov. 115. cap. 3. et 4. circa exheredationem parentum pariter ac liberorum. *Witemb. 1731. Fr. Wilh.*

Im Allgemeinen bestehen zwar diese Wirkungen darin, daß Notherben zuweilen das Testament als *nullum*, zuweilen als *ruptum* anfechten, zuweilen die *bonorum possessio contra tabulas* dagegen suchen, zuweilen die *querela inofficiosi testamenti* anstellen können. Allein streitig ist es, wenn die eine oder die andere Wirkung eintritt, und sehr verschieden sind die Meinungen der Rechtsgelehrten, wenn die Frage ist, wie weit durch die Novellen 115. und 118. das ältere Recht ist abgeändert worden. Um alle Verwirrung zu verhüten, ist durchaus nothwendig, zuvörderst das ältere Recht genau kennen zu lernen, welches besonders vor der Novelle 115. galt. Dann erst kann man weiter fragen, welche Aenderungen hierin durch die 115. und 118te Novelle gemacht worden sind.

Das ältere Recht stellt zwey Hauptgrundsätze auf.

I) Ist bey der Ausschliessung eines Notherben die Form des ältern Rechts nicht beobachtet, so kann der Civil-Notherbe, welcher zur Zeit des Testaments schon gebohren war, das Testament als von Anfang an nichtig (*nullum*), der *Postumus* aber als *ruptum* mit der Wirkung anfechten, daß auch die Legate und übrigen Verordnungen des Testaments mit der Erbeneinsetzung wegfallen [2]). Der prätorische Erbe sucht dagegen die *bonorum possess-*

GAMBSJAEGER Comm. de testamento in genere in specie inofficioso una cum remediis iuris. P. IV. pag. 53. seqq. Steins Abhandl. von pflichtwidrigen Testamenten Kap. 3. S. 73. ff. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten S. 319. ff. und S. 414. ff. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 815—821. (der zweyten Auflage).

2) *L. 7. L. 30. D. de lib. et postum. L. 1. et L. 17. D. de iniusto rupto et irr. testam. L. 1. C. de postum. hered. instit.*

possessio contra tabulas [3]). Jedoch gab dieselbe der Prätor auch dem Civil-Notherben [4]), nicht nur, wenn er präterirt, oder nicht rite enterbt war, sondern auch, welches sehr merkwürdig ist, wenn er neben einem präterirten Kinde zum Erben eingesetzt war, das Kind mochte nun die bonorum possessio für seine Person agnosciren oder nicht [5]). Jedoch wurde sie hier nur als utilis angesehen, dem prätorischen Notherben aber war sie nöthig [6]). Letzter mußte

 auch

3) *L. 1. pr. D. de bon. poss. c. Tab. §. 3. I. de exheredat. liber. §. 1. I. de bon. possess.*

4) *§. 12. I. de hered. quae ab int. def. L. 1. §. 2. et 5. D. de bon. poss. contra tab. L. 4. C. de lib. praeterit.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2.

5) *L. 3. §. 11. L. 8. §. 11. et 14. L. 10. §. 6. D. de bonor. poss. cont. tab.* Nur mußte der filius heres institutus sich noch nicht in die Erbschaft immiscirt oder solche angetreten haben. *L. 14. pr. D. de bon. poss. c. T.* Kochs Bonor. possessio §. 8. S. 121. folg.

6) Nur in einem Falle erscheint auch der Suus als bonorum possessor necessarius, welchen die *L. 12. §. 1. D. de bon. poss. c. T.* enthält, nämlich wenn der Sohn in dem ersten nach der Strenge des Rechts gültigen Testament von seinem Vater förmlich enterbt, in dem zweyten der Form nach mangelhaften Testament aber präterirt worden ist. Hier muß der Präterirte gegen das zweyte Testament, um die Erbschaft zu erhalten, die B. P. c. T. suchen, welche ihm jedoch das Gesetz nur in dem Falle giebt, wenn der darin eingesezte Erbe, sobald der Sohn bey Seite gesetzt wird, die Erbschaft würde erhalten können, weil alsdenn das erste Testament durch das zweyte nach *L. 3. D. de iniusto rupto etc. test.* für aufgehoben zu achten ist. Wollte hier der Sohn, als *Suus*, wegen seiner Präterition, oder auch zugleich wegen des Mangels der äus-

auch gewisse Vermächtniss präſtiren [7]), von welchen jener befreyet war [8]). Uebrigens ward das Teſtament dadurch reſcindirt, und die Inteſtaterbfolge trat ein [9]).

II) Iſt dagegen die Enterbung oder Uebergehung des Notherben förmlich, oder weil der Präterition eigentlich in dem ältern Rechte keine Form vorgeſchrieben iſt, dieſelbe in einem ſolchen Teſtament geſchehen, in welchem ſie einer förmlichen Enterbung gleichgeachtet wird, ſo iſt das Teſtament nach der Strenge des Rechts zwar gültig; doch kann der ohne gerechten Grund ausgeſchloſſene Notherbe durch die *Querela inofficioſi teſtamenti* auf Reſciſſion des Teſtaments dringen, zu welcher ſich aber der prätoriſche Notherbe erſt durch die *bonorum poſſeſſio litis ordinandae gratia*

äuſſern Form das lezte Teſtament als nichtig impugniren, ſo würde nun das letzte Teſtament das erſte nicht rumpiren, und er müßte jetzt ſein Heil mit der Inofficioſitätsquerel gegen den in dem erſten Teſtament eingeſetzten Erben verſuchen. Was wird er nun aber damit ausrichten, wenn er die Enterbung verdient hat? S. Kochs Bonor. poſſeſſio im Commentar über *L.* 12. §. 16. S. 384. u. Weber in den Anmerkungen zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitut. §. 659. Not. 3.

7) *L.* 1. *D. de legatis praeſtandis contra Tab. bonorum poſſeſſione petita.*

8) *L.* 15. *pr. D. eodem*, wo es heißt: Abſurdum eſt, eum cogi legata praeſtare, quia bonorum poſſeſſionem petierit; cum et ſine hac hereditatem habiturus ſit ſuo iure.

9) *L.* 1. *pr. D. de legat. praeſt. L.* 17. *Cod. de collat. L.* 4. *Cod. de lib. praeterit.* Kochs bonor. poſſ. §. 8. S. 124. folgg. Meine Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 8. S. 29. a. E. u. folg.

gratia den Weg bahnen mußte [10]). Eine *bonorum possessio contra tabulas* hingegen konnte hier nicht Statt finden [11]).

Es erhellet hieraus, daß ein solches Testament, welches, wie Marcian [12]) sagt, *recte quidem, sed non ex officio pietatis factum est*, d. i. worin ein Notherbe zwar auf eine

10) Diese war eine Art der bonorum possessio unde liberi, welche der Prätor einem emancipirten Kinde gab, das zwar auf eine förmliche aber lieblose Art war exheredirt worden, um es zur Anstellung der Inofficiositätsklage zu qualificiren. Denn der filius emancipatus erhielt dadurch ein prätorisches Intestaterbrecht, welches ihm nach dem Civilrecht nicht zustand. Der *bonorum possessio litis ordinandae gratia* gedenkt Ulpian *L. 6. §. 2. L. 8. pr. D. de inoff. testam.* Man sehe *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 8. und Meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 76. Diese B. P. litis ord. gratia war jedoch auch dem Vater nöthig, wenn er gegen das Testament seines emancipirten Sohns die querela inoff. test. anstellen wollte. HAUBOLD cit. Diss. cap. VI. pag. 23.

11) *L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. de bonor. possess. contra tab.* Kochs B. P. §. 8. S. 110. f. Ein förmlich enterbtes Kind wird auch nicht einmal durch ein anderes in dem Testament übergangenes Kind der B. P. contra T. theilhaftig, *L. 10. §. 5. D. cit.* sondern ersteres kann nur, wenn der filius suus praeteritus das Testament nach dem Civilrecht als null und nichtig angefochten, und die Erbschaft als Intestaterbe erlangt hat, mit Hülfe der *Bon. possessio Unde liberi* zur Hälfte der Erbschaft gelangen. *L. 32. D. de lib. et posth. L. 1. §. 9. D. Si tab. testam. nullae extab.* und wenn das präterirte Kind die B. P. c. T. erhalten, so muß das enterbte die querelam inoff. test. anstellen, und dadurch das Testament für seine Person entkräften. *L. 10. §. 5. L. 20. pr. D. de bon. poss. c. Tab.* Kochs B. P. §. 8. S. 122. u. §. 29. S. 339.

12) *L. 2. D. h. t.* S. HAUBOLD cit. Diss. Cap. 2. pag. 7.

an sich nicht ungültige, aber doch ungerechte Art enterbt oder präterirt worden ist, ein *Testamentum inofficiosum* genennt wird.

Um nun aber noch genauer zu zeigen, wenn diese mancherley Rechtsmittel Statt hatten, und wie sie unter sich unterschieden waren, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

A) Sind Kinder ausgeschlossen, und es ist

I) vom Vater oder andern väterlichen Ascendenten männlichen Geschlechts geschehen, so kommt es darauf an, ob sie

1) zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden sind. Hat diese der Vater

a) nicht förmlich enterbt oder eingesetzt, so ist ein Unterschied zwischen solchen Kindern, welche

aa) zu der Zeit, als der Vater stirbt, noch in seiner Gewalt sind, (*Sui*). Die Uebergehung oder nicht förmlich geschehene Enterbung derselben, macht das ganze Testament null und nichtig [13]). Die Kinder können also entweder nach dem Civilrecht gegen das Testament die *querelam nullitatis* anstellen, oder sie können auch, wenn sie wollen, dagegen die *bonorum possessio contra tabulas* suchen [14]). Vor Justinian konnten zwar nur sui filii

13) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar.. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. II. cap. 2. per tot. Westphal von Testamenten §. 428. folgg.

14) Kochs B. P. §. 8. S. 179. a. E. und folg. Diese Bon. possessio ist zwar nur utilis, nachdem die Sui das Testament nach dem Civilrecht als nichtig anfechten können. §. 12. *I. de heredlt.*

filii das Testament nach dem Civilrecht als nullum anfechten [15]). Die Uebergehung der übrigen Kinder, nämlich der Töchter und Enkel, machte das Testament nicht ungültig, sondern diese hatten nur ein ius accrescendi auf einen gewissen Theil der Erbschaft, welcher bald eine portio virilis war, bald in der Hälfte der Erbschaft bestand, je nachdem sie entweder mit suis heredibus oder mit extraneis concurrirten [16]). Allein Justinian hat diesen Unterschied

heredit. quae ab int. def. L. 4. D. de lib. praet. L. 17. C. de collat. SARTORIUS in der Not. 1. angef. Dissertation Sect. I. §. 1. pag. 25. et §. 2. p. 29. seqq. Allein ursprünglich war sie auch bey den Suis eine necessaria. Denn es ist sehr wahrscheinlich die B. P. contra T. früher eingeführt worden, als durch die Auctorität der röm. Rechtsgelehrten der Satz geltend ward, daß der Vater die filios suos entweder einsetzen oder förmlich enterben müsse, wenn das Testament gelten soll, wovon man erst zu Cicero's Zeiten Spuren findet, wie aus lib. I. *de Orat.* cap. 38. erhellet. Man sehe *Ant.* SCHULTING ad *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 14. Not. 39. (in *Iurispr. Antejustin.* pag. 638.) u. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 1. pag. 19.

15) *L. 30. D. de liber. et postum. L. 1. D. de iniust. rupt. etc. testam.*

16) *Pr. I. de Exheredat. liberor.* CAJUS *Instit.* Lib. II. Tit. 3. §. 1. ULPIAN. Fragm. Tit. XXII. §. 16. et 17. Westphal a. a. O. §. 446 – 448. Dieser Unterschied unter den suis nach dem Unterschied des Geschlechts und Grades wurde durch die Interpretation der röm. Rechtsgelehrten und die Praxis der Centumviralgerichte eingeführt, wie SCHULTING ad *Ulpiani* Fragm. c. l. not. 44 pag. 639. bemerkt. Die nähern Gründe dieses Unterschiedes untersucht HOFACKER in Diss. sist. histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 4. Eine Folge jenes Unterschiedes war, daß Töchter und Enckel unter einer jeden Bedingung

schied aufgehoben, und verordnet, daß die Präterition bey den Töchtern und Enkeln, welche noch in der väterlichen Gewalt sind, eben die Wirkung, wie bey den Söhnen, haben sollte [17]). Nun fällt also jenes ius accrescendi bey präterirten Kindern ganz weg, und es gilt von allen *suis*, ohne Unterschied des Grades und Geschlechts, was ehemals blos von Söhnen galt, daß ihre Präterition das Testament des Vaters oder väterlichen Großvaters nach dem

gung eingesetzt werden konnten, ohne daß auf den entgegen gesetzten Fall eine Enterbung erforderlich war. *L. 1. §. 8. in fin. D. de suis et legitim. heredib. L. 6. §. 1. D. de heredib. instit.* Westphal §. 444. Merkwürdig ist es, daß die präterirte Tochter nach einer Constitution des Krs. Antoninus auch durch die bonorum possessio contra tabulas mehr nicht erhielt, als durch das ius accrescendi. Justinian sagt dies *L. 4. C. de lib. praet.* Ex Praetore autem habebat bonorum possessionem *in totum*. Constitutio autem magni *Antonini* eam in tantum coarctabat, *in quantum ius accrescendi competebat*. Sie mußte überdem legata auszahlen, und zufrieden seyn, wenn sie nur den vierten Theil ihrer Portion übrig behielt. S. Westphal §. 539. S. 411. folg. Alles dieses hat aber Justinian durch die *L. 4. Cod. cit.* wieder abgeändert, wie aus der folg. Note erhellet.

17) *L. 4. Cod. de lib. praeterit.* — Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance et mares et feminae vocantur: ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes procedere, et *contra tabulas bonorum possessionem* talem habere, qualem filius, vel suus, vel emancipatus, habent, ut et ipsa, si fuerit *praeterita*, ad instar filii emancipati vel sui, *vel testamentum ipso iure evertat*, vel *per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur*. Et haec non solum in *filiabus* obtinere, sed etiam in *nepotibus* et *neptibus* et deinceps obser-

dem Civilrecht null und nichtig macht [18]). Es bleibt auch, nach der Strenge des Civilrechts nichtig, wenn gleich das präterirte Kind vor dem Vater gestorben ist. [19]). Eben dieses gilt auch, wenn der präterirte Suus zwar den Testirer überlebt, aber von der väterlichen Erbschaft abstinirt.

Jedoch giebt der Prätor in diesem Falle dem in dem Testament eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas [20]), welches man analogisch auch auf jenen Fall anwendet, wenn der im Testament übergangene

observari censemus. S. Westphal von Testamenten §. 537 bis 541.

18) Ge. FEIN Diss. de herede suo sub conditione instituto. *Goett. 1777.* Sect. I. §. 8. et 9.

19) *Pr. I. de exheredat. liberor. L. 7. D. de liberis et postum.*

20) *L. 17. D. de iniusto rupto etc. testam.* Filio praeterito, qui fuit in potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. *Quodsi bonis se abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuebitur.* Der Prätor, nahm nämlich in seinem Successionssystem auf die Suität und Nicht-Suität des präterirten Kindes keine Rücksicht, sondern hielt das Testament, welches sonst die prätorische Form hatte, der Präterition ungeachtet, für gültig. Denn wäre das Testament auch nach dem prätorischen Rechte für null und nichtig zu halten, so hätte der Prätor dem eingesetzten Erben keine bonorum possessionem secundum tabulas ertheilen können. ULPIANUS *Fragm.* Tit. 23. §. 6. S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 11. VINNIUS in Comm. ad pr. I. de exheredat. lib. n. 6. VOET Comm. ad Dig. Lib. XXXVII. Tit. 4. §. 1. Koch Bon. poss. S. 373. f.

Sohn vor dem Testirer gestorben ist. [21]). Uebrigens ist bey den suis kein Unterschied zwischen leiblichen und adoptirten Kindern [22]); es mag von der bürgerlichen Nullitätsklage, oder der bonorum possessio contra tabulas die Rede seyn [23]). Ja wenn der Großvater einen Enkel an Sohnes Statt annimmt, so wird letzter mit seinem Vater, gleichsam als wenn er sein Bruder wäre, zur bonorum possessio c. T. gelassen [24]).

bb) Sind hingegen emancipirte Kinder vom Vater oder väterlichen männlichen Ascendenten übergangen worden, so ist das Testament nach dem ältern Civilrecht nicht null, weil sie keine sui heredes sind, wie Justinian [25]) sagt. Denn durch die Emancipation hatten sie das Agnations- und Familienrecht verlohren. [26]). Allein der Prätor rescindirte, wie Paulus [27]) sagt, die capitis demi-

21) *Ios.* FINESTRES in cit. Praelect. Cervar. P. II. cap. 2. §. 9. Koch Bon. poss. S. 262. und 438. MALBLANC Dig. Tom. III. §. 694. in fin. pag. 843.

22) §. 4. *I. de exheredat. lib.* ULP. *Fragm.* Tit. 22. §. 14.

23) *L. 1. pr. D. de bon. poss. c. T. L. 1. §. 6. D. Si tab. testam. nullae.* ULPIAN. *Fragm.* Tit. 28. §. 3. et 8.

24) *L. 3. §. 3. D. de bon. poss. c. T. L. 1. §. 9. D. de coniung. cum emancip. lib. eius.* de RETES de bonorum possess. contra Tab. Cap. III. §. 2. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. not. h. pag. 31.

25) §. 3. *I. de exheredat. liberor.* §. 11. *I. de heredit. quae ab int. defer.*

26) *L. 3. §. 1. D. de cap. minut.* FINESTRES cit. Praelect. P. II. Cap. 3. §. 4.

27) *L. 6. §. 1. D. de Bon. poss.*

deminutio der Billigkeit wegen, und setzte insofern das emancipirte Kind in die Qualität und Lage eines sui, daß solches nach der Verordnung des Prätors entweder eingesetzt oder enterbt werden mußte, jedoch mit dem Unterschiede, daß Descendenten männlichen Geschlechtes ohne Unterschied des Grades, sie seyen Söhne oder Enkel, namentlich enterbt werden mußten, weibliche Descendenten aber auch inter caeteros gültig enterbt werden konnten [28]). Solche Kinder hatten also, wenn sie vom Vater waren präterirt worden, als prätorische Notherben, blos die *bonorum possessio contra Tabulas*, die der Prätor zu ihrem Besten einführte. Jenen Unterschied des Geschlechts hat nun zwar Justinian in einer neuern Verordnung [29]) aufgehoben, nach welcher die Töchter so gut wie Söhne, entweder zu Erben ernannt, oder namentlich enterbt werden müssen, und den erstern, im Falle einer geschehenen Präterition, die bonorum possessio contra Tabulas auf gleiche Weise und mit eben der Wirkung, wie den emancipirten Söhnen, zustehen soll [30]).

Aber

28) §. 3. *I. de exhered. lib.* Emancipatos liberos *iure civili* neque heredes instituere neque exheredare necesse est, *quia non sunt sui heredes.* Sed *Praetor* omnes tam foeminini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari iubet: virilis sexus *nominatim*, foeminini vero *inter caeteros*; quia si neque heredes instituti fuerint, neque ità, ut diximus, exheredati, permittit eis Praetor *contra tabulas* testamenti *bonorum possessionem.* Man vergl. auch ULP. *Fragm.* Tit. 22. §. 23. und FINESTRES Praelect. Cervar. c. 1. §. 6. Westphal §. 531. und 532.

29) *L. 4. C. de lib. praet.*

30) Es ist wohl nicht zu bezweifeln, das die oben in der Note 15. erwähnte Constitution des Kais. Antoninus auch auf emancipirte

Aber keinesweges hat Justinian hierdurch schon jetzt die emancipirten Kinder den suis dergestalt gleichgemacht, daß sie nun auch das Testament nach dem Civilrecht als nichtig hätten anfechten können [31]). Der Grund ist ganz natürlich der, weil die emancipirten Kinder noch kein Civilintestaterbrecht hatten, welches ihnen Justinian erst späterhin durch die Nov. 118. ertheilt hat [32]). Die B. P. contra tabulas hörte also durch die *L.* 4. *C. de lib. praet.* so wenig auf in Ansehung der emancipirten Kinder, wenn sie der Vater präterirt hatte, eine necessaria zu seyn [33]), daß sie vielmehr vom Justinian

cipirte Töchter gieng, und daß auch diese durch die B. P. c. T. mehr nicht erlangen konnten, als nach jener Constitution die filiae suae erhielten. Es läßt sich dieses auch aus THEOPHILI *Paraphr. gr.* ad §. 3. I. de exheredat. lib. nicht undeutlich schließen. S. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. not. y. p. 69.

31) Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung, als VULTEIUS in Comm. ad §. 3. I. de exhered. liberor. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Ex. XXXVIII. §. 54. Allein offenbar geht die Absicht des Kaisers in der *L. 4. C. de lib. praet.* aus welcher der *§. 5. I. de exh. lib.* zu erklären ist, dahin, daß die Sui und Suae unter sich, eben so, wie die emancipati und emancipatae einander gleich seyn sollen. Jene sollen ohne Unterschied des Geschlechts das Testament als nichtig anfechten können, den letztern soll die prätorische B. P. c. T. ohne Unterschied des Geschlechts einerley Rechte geben. S. FINESTRES Praelect. Cervar. P. II. cap. 3. §. 8. VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. de exheredat. lib. HOFACKER Diss. de exheredat. et praeterit. §. 24. Westphal von Testamenten §. 538. und SARTORIUS Diss. cit. de B. poss. Sect. II. §. 2.

32) Koch Bonor. poss. §. 8. S. 175.

33) Es beweiset dieses noch insonderheit *§. 4. I. de bonor. poss.* Sed eas quidem (sc. Bon. possessiones) praetoria introduxit iu-

ris-

nian hierdurch erweitert, und auch solchen Kindern gegeben wurde, welche vorher der Prätor dazu nicht gerufen hatte [34]). Jedoch gilt dieses nur von emancipirten oder auch sonst sui iuris gewordenen leiblichen Kindern [35]), nicht von Adoptivkindern. Letzteren kommt die B. P. c. T. nicht zu, weil sie durch die Emancipation die Familien- und Kindesrechte wieder verlieren, die sie durch die Adoption erlangt hatten [36]). Jedoch ist dieses nur von der B. P. gegen das Testament ihres gewesenen Adoptivvaters zu verstehen, denn gegen das Testament des leiblichen Vaters kommt dem emancipirten Adoptivkinde so gut die B. P. zu, als wenn es von seinem Vater selbst emancipirt worden wäre [37]).

b) Sind

risdictio. A nobis tamen nihil incurioſum intermiſſum eſt, ſed *noſtris conſtitutionibus* omnia corrigentes, *contra tabulas* quidem et ſecundum tabulas *bonorum poſſeſſiones* admiſimus, utpote *neceſſarias conſtitutas.*

34) Denn die Töchter und Enkelinnen, welche der Vater oder väterliche Großvater inter ceteros enterbt hatte, waren vor Justinian von der B. P. c. T. ausgeschlossen, weil sie rite enterbt waren, allein nun können sie nach der *L. 4. C. de lib. pr.* die B. P. c. T. suchen, weil sie so gut, wie Söhne, namentlich enterbt werden müssen. S. SARTORIUS Sect. II. §. 3. Kochs Bon. poss. §. 8. S. 128.

35) *L. 1. §. 6. D. de B. P. contra tab. L. 1. §. 6. D. Si tab. testam. nullae extab. L. 4. D. eod.*

36) *§. 4. I. de exher. lib. §. 12. I. de hereditat. quae ab int. defer.*

37) *§. 4. I. cit. L. 1. §. 6. L. 4. D. Si tab. testam. nullae. L. 6. §. 4. D. de bon. poss. contr. tab.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 28. seq.

b) Sind die Kinder förmlich aber ohne gerechten Grund enterbt, so haben sie die querela inofficiosi testamenti. Diese fiel jedoch nach dem älteren Rechte alsdann weg, wenn dem enterbten Kinde soviel durch Vermächtniß oder Schenkung war hinterlassen worden, als der Pflichttheil desselben betrug [38]). Ohne Enterbung würde aber das Testament, des Vermächtnisses ungeachtet, nichtig gewesen seyn [39]).

2) Sind Kinder erst nach der Errichtung des Testaments gebohren worden, oder sind sie durch Adoption oder durch eine vollkommene Legitimation, oder durch Eintreten in die Stelle eines sui heredis mit dem Testirer in eine solche Verbindung gekommen, vermöge welcher sie hätten nothwendig eingesetzt oder rite enterbt werden müssen, welche man im allgemeinen Sinn *Postumi* [40]) nennt, obgleich im eigentlichem Verstande mit diesem Namen diejenigen Descendenten bezeichnet werden, welche erst nach des Testirers Tode gebohren worden sind [41]); so kommt es darauf an, ob sie präterirt, oder förmlich exheredirt sind.

a) Sind

38) *L. 8. §. 6. et 8. D. h. t.*

39) Westphal von Testamenten §. 433. folg.

40) *Ios.* FINESTRES Diatr. de postumis et qui postumorum loco sunt, heredib. instit. vel exhered. in *Praelect. Cervar.* pag. 165. *Car. God.* WINCKLER Diss. de lege Junia Velleja. *Lipsiae 1745.* §. 5. TILLING Specim. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. *Lipsiae 1790.*

41) ULP. *L. 3. §. 1. D. de iniusto rupto et irr. test.* sagt: POSTUMOS autem dicimus eos duntaxat, qui *post mortem parentis* nascuntur. Sed et hi, qui *post testamentum factum* in vita nascuntur, ita demum per *legem Vellejam* rumpere testamentum

pro

a) Sind sie im Testament übergangen, so sind die postumi entweder

aa) solche, welche, wenn sie zur Zeit des errichteten Testaments schon da gewesen wären, oder wenigstens beym Leben des Testirers wären gebohren worden, in der väterlichen Gewalt des Testirers gewesen seyn würden. (*Postumi sui*) [42]) Diese rumpiren das Testament nach dem Civilrecht [43]), und zwar ohne Unterschied des Geschlechts [44]).

Sie

prohibentur, si nominatim sint exheredati. Diejenigen, welche noch beym Leben des Testirers, jedoch erst nach der Errichtung seines Testaments, durch rechtmäßige Geburt, durch Adoption oder auf eine andere rechtliche Art mit demselben in eine solche Verbindung kommen, daß sie bey dessen Tode sui heredes von ihm sind, werden *Quasi postumi* genennt. *L. 13. D. de lib. et postum.* sagt: *Postumorum loco* sunt et hi, qui in sui heredis loco succedendo *quasi agnascendo* fiunt parentibus sui heredes. Von den verschiedenen Arten der Postumorum, den *Vellejanis, Aquillianis, Cornelianis* und *Julianis*, handeln FINESTRES cit. Diatr. Cap. I. §. 14. sqq. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praet. Cap. 10—15. Westphal von Testamenten S. 330. ff.

42) ULP. *Fragm.* Tit. XXII. §. 15. POSTUMI quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, *ut nati in potestate nostra futuri sint*, SUORUM HEREDUM *numero* sunt. Eben so Justinian §. 2. *I. de hered. quae ab int.* POSTUMI quoque, qui, *si vivo patre nati fuissent, in potestate eius futuri forent*, SUI HEREDES sunt.

43) *L. 3. §. 6. D. de iniusto rupt. et irr. testam, L. 3. C. de postum. hered.* Schon zu Cicero's Zeiten rumpirten die Postumi das väterliche Testament, in welchem sie waren präterirt worden, durch ihre Agnation, wie aus den Stellen *de Orat.* lib. I. c. 57. und Orat. pro *Caecinna* c. 25. erhellet. Der Grund war, weil man glaubte, der Testirer habe nicht an sie

gedacht.

Sie können aber auch die B. P. contra tabulas suchen [45]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß sie zur Zeit des Todes des Testirers schon müssen concipirt gewesen seyn. Paulus sagt [46]): Postumus natus quocunque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus iam erit*, potest agnoscere possessionem. Eben so Ulpian [47]): Dicendum erit, suos posse succedere,

gedacht. S. SARTORIUS cit. Diss. de bon. poss. quam c. T. parentum liberi agnoscunt. Sect. I. §. 1. not. r. pag. 17.

44) §. 1. *I. de exhered. lib.* Postumi quoque liberi vel heredes instituí debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex caeteris liberis, *sive foeminini sexus sive masculini*, praeterito, valet quidem testamentum, sed postea *agnatione postumi* sive *postumae* rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. S. TILLING cit. Specim. pag. 27. Es waren also die postumi mehr begünstiget, als schon gebohrne Kinder, wie auch Cajus *Inst.* Lib. II. Tit. 3. §. 2. bemerkt, wo er sagt: *Postumorum* duo genera sunt, quia *postumi* appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit in ipso testamento comprehenderit: *Quicunque filius, aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit*; aut certe dicat, *exheres sit*: valere eius non potest testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habeantur. *Nisi quod melior conditio postumae, quam natae: quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, postuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit.* S. Westphal von Testamenten §. 46.

45) *L. 1. §. 2. et 5. D. de bonor. poss. contra tab. L. 2. Cod. eod.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 31.

46) *L. 10. D. de ventre in possess. mitt.*

47) *L. 1. §. 8. D. de suis et legit. hered.*

cedere, *si modo mortis testatoris tempore*, vel in rebus humanis, vel *saltem concepti fuerint*. Dieses ist nun aus der Zeit der Geburt zu beurtheilen. Da nun nach 10 Monaten Niemand mehr als Kind zur Erbschaft gelassen wird; so wird auch ein solcher postumus nicht zur Bon. possessio admittirt [48]). Bey Enkeln ist es vorzüglich nöthig, daß deren Conception bey Lebzeiten des Großvaters geschehen sey. Qui post mortem avi sui concipitur, sagt Julian [49]), is neque legitimam hereditatem eius *tanquam suus heres*, neque bonorum possessionem tanquam *cognatus* accipere potest.

2) Es muß dem Postumus zur Zeit des Todes des Testirers kein näherer Descendent des Erblassers vorgehen. Sollen daher Enkel, die nach des Großvaters Tode gebohren worden, das Testament desselben im Falle der Präterition rumpiren, so muß deren Vater schon vor dem Großvater verstorben seyn, damit der Enkel des Testirers unmittelbarer Erbe wird. Denn hat derselbe den Testirer überlebt, so ist keine Ruption mehr denkbar, weil ein solcher Enkel nicht brauchte von dem Großvater enterbt zu werden, dem sein Vater vorgieng.

Zwar wird der Enkel den Großvater ab intestato beerben, wenn desselben Vater während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, wenn dieser nachher die Erbschaft ausschlägt, allein nicht als postumus vermöge einer Ruption des Testaments, sondern weil ihm nun, nachdem das Testament destituirt ist, die Erbschaft des Großvaters als

48) *L. 3. §. 11. D. de suis et legit. heredib.*

49) *L. 6. D. eodem.*

als nächsten Erben deferirt wird; wie Ulpian [50]) lehrt, wenn er sagt: Si quis, filio exheredato, nuru praegnante relicta, decesserit, et extraneum sub conditione instituerit; et pendente conditione post mortem patris vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate, exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus: an rumpat testamentum? et dicemus testamentum non rumpi: cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. Plane si forte institutus omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato, non dubitatur. Utrumque propriis rationibus, nam *adgnascendo* quidem is rumpit, *quem nemo praecedebat* mortis tempore: ab intestato vero is succedit, cui, non ante eum alii, delata est hereditas. Non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante instituto decesserit. [51]).

3) Es muß der präterirte postumus als ein lebensfähiges Kind zur Welt kommen. Denn da das Testament, worin ein postumus übergangen worden, nicht gleich von Anfang an ungültig ist, sondern erst durch desselben Agnation rumpirt wird, so bleibt das Testament bey Kräften, wenn der gehofte postumus entweder gar nicht, oder nicht als ein lebensfähiges Kind zur Welt kommt [52]).

Uebri-

50) *L. 6. pr. D. de iniusto rupto test.*

51) S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. S. 277.

52) §. 1. *I. de exheredat. liberor.* Westphal von Testamenten §. 464.

Uebrigens verdient noch der Unterschied bemerkt zu werden, welcher Statt findet, je nachdem der postumus entweder noch bey Lebzeiten des Testirers oder erst nach dem Tode desselben gebohren worden ist. Denn wenn in dem leztern Falle der postumus auch gleich wieder stirbt, so wird doch das einmal ungültig gewordene Testament weder nach dem Civilrecht noch nach dem prätorischen wieder gültig [53]); dahingegen in dem ersten Falle, wenn der postumus vor dem Testirer stirbt, der in dem Testament eingesetzte Erbe, die Bon. possessio secundum tabulas erhalten kann [54]).

bb) Sind hingegen die postumi solche, welche, wenn sie auch zur Zeit des Testaments schon dagewesen wären, doch keine sui heredes vom Testirer gewesen seyn würden, (*postumi alieni*) z. B. Enkel, die von einem schon vor dem Großvater verstorbenen emancipirten Sohne, und zwar erst nach der Emancipation gezeugt worden sind [55]), so ist bey diesen eben das Rechtens, was von den schon gebohrnen emancipirten Kindern gilt, wenn sie übergangen worden sind. Sie können nämlich die *bonorum possessio contra tabulas*

53) *L. 2. Cod. de postum. hered. instit.*

54) *L. 12. D. de iniusto rupto test. L. 8. §. 3. D. de iure codicillor.* S. MALBLANC Dig. Tom. III. §. 695. pag. 846.

55) §. 26. *I. de legat.* Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heres testatori futurus non est, ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo. S. *Ios.* FINESTRES cit. Diatr. Cap. I. §. 12. *Io.* ALTAMIRANUS ad lib. VI. Quaest. Scaevolae Tract. VI. ad L. 29. D. de lib. et postum. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. p. 452.) und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tract. 16. Qu. 2. seq].

bulas suchen [56]), welche der Prätor auch schon vor ihrer Geburt dem ventri giebt [57]). Wenn endlich

b) Postumi von dem Testirer förmlich enterbt worden sind, so können sie blos, wie schon gebohrne Kinder, in solchem Falle das Testament durch die querelam inoff. testamenti anfechten, insofern die Enterbung auf eine ungerechte Art geschehen ist [58]). In Absicht auf die Form der Enterbung fand auch hier vor Justinian ein Unterschied zwischen postumis männlichen und weiblichen Geschlechts statt, indem nur erstere namentlich, letztere aber auch inter caeteros enterbt werden konnten; nur mußte bey der Enterbung inter caeteros der enterbten postumae ein Vermächtniß hinterlassen werden, weil sie sonst für präterirt gehalten, und das Testament durch deren Agnation rumpirt wurde [59]). Allein Justinian hat auch diesen Unterschied aufgehoben, und verordnet, daß die Enterbung bey den postumis weiblichen Geschlechts eben so wie bey den männlichen postumis namentlich geschehen sollte, so wie er solches auch bey schon gebohrnen Kindern verordnet hatte [60]).

Aus

56) *L. 1. §. 2. L. 3. pr. D. de bon. poss. contr. tab.*

57) *L. 1. §. 11. L. 7. pr. L. 10. D. de ventre in poss. mitt.*

58) *§. 2. I. de inoff. test. L. 6. pr. D. eodem.*

59) *§. 1. I. de exheredat. lib.* Sed *feminini* quidem *sexus* personae vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant: dum tamen, si *inter ceteros* exheredarentur, aliquid eis *legaretur*, ne viderentur praeteritae esse per oblivionem. *Masculos* vero *postumos*, id est filios et deinceps placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredarentur.

60) *L. 4. in fin. Cod. de lib. praeterit.* Sed quia et aliud vitium fuerat sub obtentu differentiae introductum, et alia iura exhereda-

Aus allem diesen ergiebt sich nun also soviel, daß die Ausschließung der Descendenten in dem Testament eines väterlichen Ascendenten eine vierfache Wirkung nach dem Unterschied der angegebenen Fälle haben könne, indem das Testament entweder als gleich von Anfang nichtig, oder als *ruptum*, oder als *inofficiosum*, oder mit der *bonorum possessione contra tabulas* angefochten werden kann. Es erhellet ferner hieraus, daß die Präterition der Descendenten in dem Testament eines väterlichen Ascendenten nicht die Wirkung der Exheredation hat, sondern daß hier die Enterbung namentlich und förmlich geschehen müsse, wenn das Testament zu Recht bestehen soll [61]). Der Unterschied der angegebenen Rechtsmittel besteht nun darin.

redationis in postumis, alia in iam natis obſervabantur: cum necesse fuerat, postumum inter ceteros exheredatum etiam legato honorari, filium autem iam progenitum etiam sine datione legati: et hoc breviſſimo incremento verborum ad pleniſſimam definitionem deduximus, sancientes, *eadem iura obtinere et in postumis exheredandis, sive masculini sive feminini sexus sint,* quae in *filiis* et *filiabus* iam statuimus, *ut etiam ipsi vel ipsae nominatim exheredentur, id est, postumi* vel *postumae facta mentione.*

61) Nur eine Ausnahme findet in dem Falle Statt, wenn ein Soldat zur Zeit der Expedition ein Testament macht, und seine Kinder wissentlich übergeht; hier gilt die Präterition als eine Enterbung. §. 6. I. *de exheredat. lib.* Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos iam natos, vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans, an habeat liberos: *silentium eius pro exheredatione nominatim facta valere*, constitutionibus Principum cautum est.

1) Die *Querela nullitatis* wirft das ganze Testament um. Es fallen daher auch die Vermächtnisse weg [62]). Diese Klage geht ohne Präparation auf die Erben über, und dauert 30 Jahr [63]).

2) Wird das Testament rumpirt, so geht es ebenfalls mit allen seinen Verordnungen zu Grunde [64]).

3) Wird das Testament mit der *Querela inofficiosi T.* angefochten, so gründete sich der Kläger

a) auf die Fiction, als ob der Erblasser nicht recht bey Verstande gewesen sey [65]).

b) Die Kinder können durch diese Klage nur den Theil der Erbschaft fordern, den sie bekommen hätten, wenn der Vater ohne Testament verstorben wäre, es mag entweder das eine Kind eingesetzt und das andere enterbt, oder sie mögen alle enterbt, und ein Fremder instituirt seyn, insofern nicht etwa in dem letztern Falle das mitenterbte Kind sich seines Klagerechts begeben, oder solches durch die Verjährung verlohren, oder den Proceß liegen gelassen haben sollte. Denn nun accrescirt desselben Portion den Kindern, welche geklagt, und den Proceß gewonnen haben [66]).

Daher

62) *L. 7. L. 30. D. de lib. et postum. L. 17. D. de iniusto rupto et irr. testam.*

63) *L. 3. C. de praescr. 30. vel 40 annor.*

64) *L. 16. D. de lib. et postum. L. 1. C. de postum. hered. instit.*

65) *L. 2. D. h. t.* Hoc colore de inofficioso testamento agitur, *quasi non sanae mentis fuerunt*, ut testamentum ordinarent.

66) *L. 8. §. 8. D. h. t.* Sumus duo filii exheredati, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. *L. 17. pr. D. eodem.* Qui repudiantis animo non venit

ad

Daher wird durch die Querel das Teſtament oft nur zum Theil reſcindirt. Der Sohn konnte auch gegen den einen Teſtamentserben gewinnen, gegen den andern den Proceß verlieren. Hier darf er nur zu ſeinem Antheile die Schulden des Erblaſſers bezahlen [67]). Auf jeden Fall bleibt auch die Pupillar-Subſtitution gültig, wenn das Teſtament nur zum Theil reſcindirt wird [68]). Wenn aber der Enterbte der einzige Inteſtaterbe war, ſo wurde das Teſtament nach dem ältern Rechte ganz umgeworfen, un-

ad accuſationem inofficioſi teſtamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde ſi de inoff. teſtamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia, reſciſſo teſtamento, alter quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato vocatur, et ideo univerſam hereditatem non recte vindicaſſet; hic, ſi obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quaſi Centumviri hunc ſolum filium in rebus humanis eſſe nunc, cum facerent inteſtatum, crediderint. *L.* 23. §. 2. *D. h. t.* Si duo ſint filii exheredati, et ambo de inoff. teſtamento egerunt, et unus poſtea conſtituit non agere, *pars eius alteri adcrescit.* Man vergleiche über dieſe Stellen vorzüglich *Deſid.* HERALDUS de rerum iudicatarum Auctoritate lib. II. cap. 14. §. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1226.) und *Car. Frid.* ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. cap. 6. not. i. pag. 154.

67) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Filius, qui de inofficioſi actione adverſus duos heredes expertus, diverſas ſententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero ſuperatus eſt: et debitores convenire, et ipſe a creditoribus conveniri *pro parte* poteſt. Die Urſachen von dieſer Verſchiedenheit der Erkenntniſſe in der nämlichen Streitſache unterſucht ſehr gelehrt Herr Direct. ZEPERNICK ad *Siccamam* lib. II. cap. 7. not. f. p. 162.

68) *L.* 8. §. 5. *D. h. t.* Si pro parte patris teſtamentum reſciſſum eſt, — pupillare valet.

nun galt nichts mehr, was in dem Testament auch ausser der Erbeneinsetzung angeordnet war [69]), selbst wenn die Codicillar-Clausel hinzugefügt seyn sollte [70]). Nur dann blieben alle Vermächtnisse stehen, wenn gegen den Beklagten in contumaciam erkannt worden [71]). So wurde also der Erblasser durch die gegen sein Testament angestellte Querel intestatus, bald ganz, bald nur pro parte. Nec absurdum videtur, sagt hier **Papinian** [72]), *pro parte intestatum videri.*

c) War keine Enterbungsursach angeführt, so mußte das enterbte Kind seine gute Aufführung gegen den Testirer beweisen, wenn nicht der Erbe durch Gegenbeweis dem Kläger die Mühe ersparen wollte [73]).

d) Die

69) *L. 28. D. h. t.* Cum *inofficiosum* testamentum arguitur, *nihil ex eo testamento valet.*

70) *L. 13. D. eodem.* — *L. 36. D. de legatis in III.* Nec fideicommissa *ab intestato* data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur *quasi furiosus* testamentum facere non potuisse: ideo *nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

71) *L. 17. §. 1. D. h. t. L. 14. D. de appellat.* Io. Ortw. WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XX.

72) *L. 15. §. 2. D. h. t.*

73) *L. 5. D. h. t. L. 28. C. de inoff. testam.* Liberi, de inofficioso querelam contra testamentum parentum moventes, probationem debent praestare: quod obsequium debitum iugiter, *prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerint*; nisi scripti heredes ostendere maluerint, *ingratos liberos contra parentes extitisse.* Add. QUINCTILIANI *Institut. Orat.* lib. VII. cap. 4. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. c. 6. not. g. pag. 152. und HOFACKER Histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 13.

d) Die Querela inoff. T. ist auf einen fünfjährigen Zeitraum beschränkt [74]), und geht

e) auf die Erben nur alsdann über, wenn sie präparirt, d. i. wenn sie angestellt, oder mit Anstellung derselben gedrohet ist, oder das emancipirte Kind die bonorum possessio litis ordinandae gratia agnoscirt hatte [75]). Nur denn, wenn der enterbte Sohn während der Deliberation des eingesetzten Erben stirbt, wird die Querel auf desselben Descendenten auch ohne Präparation transmittirt [76]).

f) Verliert der Querulant den Proceß, und er hat für sich oder freywillig für einen andern geklagt, es geschahe auch die Abweisung wirklich, und nicht in contumaciam, auch noch bey Lebzeiten des Klägers, so macht er sich auch des Vermächtnisses verlustig, was ihm im Testament hinterlassen ist [77]). Diese Strafe hat der nicht zu befürchten, der blos die Gültigkeit des Testaments mit der Querela nullitatis in Anspruch nimmt [78]). Endlich

g) wird noch, wenn die Klage mit Wirkung soll angestellt werden können, erfordert, daß der Erbe die Erbschaft angetreten habe [79]).

74) *L. 8. §. ult. L. 9. D. h. t. L. 16. L. 34. in fin. L. 36. §. 2. C. h. t.*

75) *L. 6. §. 2. L. 7. D. h. t. L. 5. C. eod.*

76) *L. 34. C. h. t.*

77) *L. 8. §. 14. D. h. t. L. 30. §. 1. D. eod. §. 5. I. eod. L. 22. D. de his, quae ut indign. de* RETES Advers. de inoff. test. cap. 24. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 541.)

78) *L. 5. §. 1. L. 25. D. de his, quae ut indign.*

79) *L. 8. §. 10. D. h. t.*

4) Wird das väterliche Testament von präterirten Kindern mit der Bonorum possessio contra tabulas angefochten, so wird dadurch das Testament zwar rescindirt, und die Intestaterbfolge tritt ein [80]). Ist jedoch ein anderes Kind in dem Testament zum Erben eingesetzt, und dieses hat die väterliche Erbschaft angenommen, so bleibt das Testament in Ansehung des eingesetzten Kindes gültig, dieses muß sich nun mit seinem Erbtheil begnügen, welchen dasselbe aus dem väterlichen Testament erhalten hat, und auch die Legata auszahlen [81]). Eben dies gilt auch, wenn ein anderes Kind noch in dem Testament enterbt ist. Diesem kommt die B. P. c. T. welche das präterirte Kind erhalten hat, nicht zu statten, sondern es muß noch insonderheit die querela inoff. T. anstellen, um das Testament auch in Rücksicht seiner zu entkräften [82]). Auf jeden Fall bleibt auch die Pupillar-Substitution bey Kräften, wenn gleich das Testament durch die B. P. c. T. rescindirt wird [83]). Es muß nur nicht der Kläger selbst der Pupillar-Substitut seyn,

80) *L. 1. pr. D. de legat. praest. L. 17. C. de collat. L. 4. C. de lib. praet.*

81) *L. 14. pr. D. de bon. poss. contra tab.* Hätte sich das eingesetzte Kind noch nicht in die väterliche Erbschaft immiscirt, so kann es selbst die B. P. c. T. suchen, und hierdurch seinen Intestaterbtheil mit dem präterirten Kinde erhalten. *L. 8. §. 14. D. eodem.* SARTORIUS in Diss. de bon. poss. quam contra tab. parentum liberi agnosc. Sect. I. §. 3. pag. 63. seq.

82) *L. 10. §. 5. L. 20. pr. D. de Bon. poss. c. T.*

83) *L. 34. §. ult. L. 35. D. de vulg. et pup. subst. L. 103. §. 2. et 3. D. de legat. III.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. pag. 71.

seyn, sonst geht die Pupillar-Substitution zu Grunde [84]). Endlich müßen auch bey der B. P. c. T. gewisse Vermächtnisse prästirt werden, nämlich die, welche den Kindern, Eltern, oder der Frau oder der Schwiegertochter des Testirers hinterlassen worden sind [85]). Also nicht alle, wie bey der Querela inofficiosi. Es werden diese Legaten auch nur von einem emancipirten Kinde prästirt. Denn hat ein filius suus praeteritus die B. P. c. T. erhalten, so fallen auch die Vermächtnisse weg, weil dieser die väterliche Erbschaft wegen der Nichtigkeit des Testaments, auch ohne die B. P. ab intestato erhalten haben würde. [86]). Endlich unterscheidet sich die B. P. c. T. noch darin von allen andern Rechtsmitteln, daß sie binnen einem Jahre gesucht werden muß, welches von dem Tage zu laufen anfängt, da der Notherbe Wissenschaft von dem Tode des Erblassers erhalten hat [87]), wenn gleich der eingesetzte Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat *).

Wenn hingegen

II) Kinder von der Mutter oder andern mütterlichen Ascendenten ausgeschlossen worden sind, so ist kein Unterschied, ob sie enterbt oder präterirt worden sind, weil einer Mutter in dem ältern Recht keine Form vorgeschrieben ist, wenn sie ihre Kinder im Testament

84) *L. 22. D. de vulg. et pup. substit.*

85) *L. 1. pr. et §. 1. seq. L. 3. §. 1. L. 5. §. 2. L. 15. §. 3. D. de legat. praest.* de RETES Adverf. ad Tit. Dig. de legatis praestandis cap. 8. (in *Thes. Meermann.* T. VI. p. 506. seq.)

86) *L. 15. pr. L. 16. D. de legat. praest.* de RETES c. l. c. 9. et IO. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. pag. 69. seq.

87) §. 4. et 6. I. de Bon. poss.

*) *L. 4. pr. L. 19. D. de B. P. c. Tab.*

ment ausschliessen will, daher die Präterition der Kinder in dem Testament der Mutter, so wie der übrigen mütterlichen Ascendenten immer die Wirkung der Exheredation hat. Justinian [88]) sagt dieses ausdrücklich: Mater vel avus maternus necesse non habent, liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere. *Nam silentium matris, aut avi materni et caeterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris.* Der Grund dieses Unterschiedes ist, weil eine Mutter keine suos heredes hat, mithin können auch Enkel eben so wenig die iura suorum heredum in Ansehung ihrer mütterlichen Großeltern haben [89]). Eine ungerechte

Ueber-

88) §. 7. *I. de exheredat. liberor.*

89) Eben deswegen succedirten auch die Kinder nach den Gesetzen der 12. Tafeln der Mutter nicht ab intestato, wie Ulpian Tit. 26. *Fragm.* §. 7. sagt, obwohl dieses auch mit seinen Grund darin gehabt haben kann, weil eine Mutter durch die Convention in manum mariti gehindert war, ein eigenes Vermögen zu erwerben und zu hinterlassen. S. HUGO Comm. de fundamento successionis ab int. ex iure Rom. antiquo et novo. *Goett. 1785.* §. 18. p. 20. Dieser Grund hörte aber freylich in der Folge auf, als die conventio in manum mariti ausser Gebrauch kam. Daher erhielten die Kinder durch das SCtum Orphitianum ein gesetzliches Erbrecht in dem Vermögen ihrer Mutter. *Pr. I. de SCto Orphit.* Man findet indessen schon vor dem Orphitianischen Senatusconsultum Beyspiele bey VALERIUS MAX. lib. VII. cap. 7. Ex. 4. cap. 8. Ex. 2. und PLINIUS *Lib. V. Epist. 1.* daß die Centumvirnalrichter gegen mütterliche Testamente die querela inofficiosi zugelassen haben. Man darf sich aber darüber nicht wundern, weil ihnen der Prätor durch die Bon. possessio *unde cognati* den Weg dazu gebahnet hatte. *Princ. I. de SCto Tertull.* SCHRADER Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 9.

Nach-

Uebergehung oder Enterbung kann hier also vom dem Kinde immer nur als unbillig durch die querela inofficiosi testamenti angefochten werden [90]). Und wenn auch die Mutter nach der Errichtung ihres Testaments noch Kinder gebiert, so wird doch dadurch ihr Testament nicht rumpirt, sondern es kann nur als inofficiosum angefochten werden [91]). Nur der Fall wird ausgenommen, wenn die Mutter vom Tode übereilt wurde, um nach der Geburt des Kindes ihr Testament ändern zu können [92]). Hier kommt es darauf an, ob sie blos ihre Kinder zu Erben eingesetzt hat, oder fremde Personen. Im ersten Falle soll die querela inofficiosi wegfallen, und *per coniecturam maternae pietatis* angenommen werden, als ob sie ihre sämmtlichen Kinder, und also auch das nachgebohrne, instituirt hätte. Das Testament

Nachher nahmen sich auch die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius der Tochterkinder an, und gaben ihnen ein Successionsrecht in den Gütern ihrer mütterlichen Großeltern. §. 1. *I. de SCto Orphit. L. 9. Cod. de suis et legit. lib.* HAUBOLD Diss. de different. inter testam. nullum et inofficios. Cap. VII. pag. 24.

90) *L. 19. L. 27. §. 4. D. de inoff. testam. L. 15. Cod. eodem.*

91) *L. 6. pr. D. h. t.* Höpfners Commentar §. 517. Not. 1.

92) *L. 3. C. h. t.* Si mater filiis duobus heredibus institutis, tertio post testamentum suscepto, cum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere neglexisset, merito, utpote non iustis rationibus neglectus, de inofficioso querelam instituere poterit. Sed cum eam in puerperio vita decessisse proponas: repentini casus iniquitas *per coniecturam maternae pietatis* emendanda est. Quare filio tuo, cui nihil, praeter maternum fatum imputari potest, *perinde virilem portionem tribuendam censemus, ac si omnes filios heredes instituisset.* Sin autem heredes scripti *extranei* erunt, tunc *de inofficioso testamento actionem* instituere non prohibetur.

stament bleibt also gültig, und auch die Legata bleiben bey Kräften [93]). Wenn hingegen Fremde zu Erben ernannt sind, so kann das nachgebohrne und im Testament übergangene Kind die Inofficiositätsklage anstellen.

Die Bonorum possessio contra tabulas hingegen findet gegen das Testament eines mütterlichen Ascendenten nie Statt [94]). Denn da Frauenspersonen keine suos heredes haben, so können sie auch nicht aufhören, solche wegen einer Capitisdeminution zu haben [95]). Es ist daher ein unverzeihlicher Irrthum, wenn unser Verfasser §. 1605. dennoch behauptet, daß liberi a matre praeteriti die B. P. contra tabulas hätten verlangen können [96]). Die Wirkungen der Querel gegen das mütterliche Testament, sind übrigens die nämlichen, wie die gegen das väterliche Testament

93) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. IX. cap. 15. Westphal von Testamenten §. 575. u. 576. Book Lehre von der Enterbung §. 22. S. 69. folgg.

94) *L. 4. §. 2. D. de bon. poss. c. T.* Ad testamenta foeminarum Edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent; und Justinian sagt es auch deutlich im *§. 7. I. de exheredat. lib.* wo es heißt: Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est: sive de iure civili quaeramus, sive de Edicto Praetoris, quo Praetor praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit. Sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet. (sc. *querela inoff. testamenti.*) S. Westphal von Testamenten §. 534.

95) *L. 13. D. de suis et legit. hered.*

96) Man sehe dagegen SARTORII Diss. alleg. Sect. I. §. 3. p. 37. und Koch Bonorum possessio §. 8. S. 110. u. folg.

ment [97]). Nur in dem Falle, da die Mutter geglaubt hat, das Kind, welches sie übergangen, sey schon gestorben, sollen nach einem Decret des Kais. Hadrian die Legate gültig bleiben [98]).

B) Sind

97) *L. 19. L. 28. D. h. t.*

98) *L. 28. D. h. t.* Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset; *Divus* HADRIANUS decrevit hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates, et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur. Nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. Einige Rechtsgelehrten glauben, daß in diesem Gesetz nicht von der Inofficiositätsklage die Rede sey, sondern nehmen eine eigene actio rescissoria ex decreto Hadriani an, welche sich auf den stillschweigenden Willen der Mutter gründe, und wodurch nur die Erbeneinsetzung aufgehoben werde, als *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. III. Qu. 35. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. Tit. pag. 167. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. VII. §. 21. pag. 187. *Osius* AURELIUS de variant. *Cujacii* interpretat. Dispunct. XI. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 722.) und *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 30. §. 17. Noch andere meinen, durch die Klage, welche das präterirte Kind in dem bemerkten Falle anstellen konnte, sey das Testament der Mutter gar nicht rescindirt, sondern so angesehen worden, als wenn das Kind instituirt worden wäre. Daraus lasse sich erklären, warum die Legaten hätten prästirt werden müssen, als *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. lib. II. cap. 13. (in *Ev.* OTTON. *Thes iur. Rom.* Tom. IV. pag. 578. seq.) Allein alle diese Erklärungen streiten gegen den Zusammenhang jener Stelle. Daß die querela inofficiosi in dem bemerkten Falle gegen das Testament der Mutter Statt hatte, erhellet aus *L. 27. §. ult. D. h. t.* Daß auch von dieser Klage in der *L. 28. cit.* die Rede sey, setzen die Schlußworte ausser Zweifel. Nur das fand freylich Paulus bemerkenswerth,

B) Sind Ascendenten in dem Testament ihrer Kinder ausgeschlossen worden, die ihnen den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig waren, so hat auch hier die Präterition gleiche Wirkung mit der Exheredation, weil die Kinder gegen die Eltern nach dem ältern Rechte keine gewisse Form zu beobachten hatten. Die Ausschließung eines Ascendenten giebt also hier nur der Inofficiositätsklage Raum, wenn sie ohne rechtmäßige Ursache geschehen ist [99]); und zwar liegt hier dem eingesetzten Erben der Beweis ob, daß die Enterbung aus gerechter Ursache geschehen sey. [100]). Doch kannte der Vater, als Patron seines emancipirten Sohns, bonorum possessionem contra tabulas bis auf den Pflichttheil erhalten, oder so weit der Sohn ihm eine schändliche Person vorgezogen hat [1]).

End.

werth, daß nach dem Decret des K. Hadrian die Legate gültig bleiben sollten, vermuthlich weil man hier die Mutter keines Wahnsinns beschuldigen konnte, welche nicht aus Haß, sondern weil sie ihren Sohn für tod hielt, demselben einen andern Erben vorgezogen hatte. S. *Renat.* BOTTEREAU in Hadriano legislatore ad A. U. C. 890. nr. 2. (in HOFMANNI *Histor. iur. Rom.* T. II. pag. 205.) POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. nr. XXXVII. not. a. Westphal von Testamenten §. 578. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. cap. 6. not. h. et in Diatr. de rerum perpetuo similiter a Centumviris iudicatar. auctoritate §. 20.

99) *L. 17. C. de inoff. testam.* Cum filium tuum, te praeterita, sororem heredem instituisse proponas: inofficiosi querelam apud Praesidem provinciae persequi potes.

100) *L. 28. C. h. t.*

1) *L. 16. §. 1. D. h. t. L. 1. §. ult. L. 3. D. Si quis a parente manumiss.*

Endlich wenn

III) Geschwister ausgeschloßen worden sind, so kann ein solches Testament in dem Falle, da ihnen eine schändliche Person ist vorgezogen worden, immer nur als lieblos angefochten werden, und den enterbten oder übergangenen Geschwistern steht hier kein anderes Rechtsmittel, als die querela inoff. testamenti, gegen die ihnen vorgezogene schändliche Person zu [2]). Haben sie jedoch, es sey, unter welchem Titel es wolle, von dem Vermögen des Erblassers Etwas bekommen, so können sie das Testament nicht als pflichtwidrig anfechten, sondern nur höchstens auf die Ergänzung des Pflichttheils klagen [3]). Und selbst in dem Falle, da sie ganz zurückgesetzt worden sind, muß man doch noch unterscheiden, ob sie durch schlechtes Betragen gegen den Erblasser, welches denn freylich blos der Beurtheilung des Richters überlassen werden muß, diese gänzliche Zurücksetzung verdient haben, oder nicht. Denn nur in dem letztern Falle ist das Testament als pflichtwidrig anzusehen, und kann mittelst der querelae inofficiosi testam. gegen die ehrlose oder verächtliche Person, welche zum Erben eingesetzt worden, angefochten werden. Es erhellet hieraus, daß die Thatumstände, welche die ausgeschlossenen Geschwister in den Stand setzen, ein Testament als lieblos anzufechten, von doppelter Art sind. Sie betreffen nämlich theils ihr eigenes Betragen gegen den Erblasser, theils die Beschaffenheit der Person des eingesetzten Erben. Gründet sich der Kläger darin, er habe die Zurücksetzung nicht verdient, so muß

2) L. 1. L. 21. u. L. 27. C. de inoff. testam.

3) §. 3. et 6. I. h. t. L. 30. C. eod.

muß der Kläger diesen Klagegrund beweisen [4]), so wie ihm der Beweis obliegt, daß der Beklagte eine schändliche Person sey [5]). Nur wenn eine Ursache der Ausschliessung angeführt ist, muß der Beklagte deren Wahrheit erweisen [6]). Uebrigens hebt die Querel der Geschwister in der Regel das Testament ganz auf, und es können daher sogar die schon ausgezahlten Legate zurückgefordert werden [7]). Wäre jedoch außer der eingesetzten turpis persona noch ein anderer anständiger Erbe ernennt worden, so bleibt das Testament in Ansehung desselben gültig, und die präterirten Geschwister können nur den Antheil fordern, welcher dem heredi turpi vom Testirer zugedacht war, welches denn freylich hier, wie Ulpian [8]) ganz richtig bemerkt, die besondere, aber bey der Querel nicht ungewöhnliche Folge hat, daß nun der Testirer pro parte testatus und pro parte intestatus verstorben zu seyn scheint.

Es entsteht nun die Frage, was in Ansehung dieses ältern Rechts durch die Nov. 115. und 118. geändert worden sey. Hier ist

1) so-

4) *L. 3. D. h. t. L. 5. §. 1. D. eodem.* Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 266. Nr. 26. a. E. Book Lehre von der Enterbung 1. Hauptst. §. 15.

5) HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1694. in fin. MADIHN Princ. I. R. de Succeff. §. 264.

6) HOFACKER hiſtor. iur. civ. de praeterit. et exheredat. §. 13. et 31.

7) *L. 8. §. 16. D. h. t.*

8) *L. 24. D. eod.*

1) soviel gewiß, daß in Ansehung der Geschwister durch die Nov. 115. nichts geändert worden ist [9]). Allein

2) in Ansehung der Kinder und Eltern enthält die Novelle 115. Kap. 3. und 4. folgende wichtige Aenderungen. Nämlich

I) Kinder und Eltern ohne Unterschied des Grades und Geschlechts sollen anders nicht enterbt oder übergangen werden dürfen, als wenn eine im Gesetz bestimmte Ursache namentlich angeführt worden, deren Wahrheit der eingesetzte Erbe zu beweisen im Stande ist. Ist dieses nicht beobachtet worden, so kann das Testament angefochten werden, wenn auch gleich dem enterbten oder übergangenen Kinde oder Ascendenten der ihm gebührende Pflichttheil durch irgend eine Schenkung oder Vermächtniß oder Fideicommiß oder auf irgend eine andere Art wäre zugewendet worden. Die Worte selbst lauten nach Hombergks Version folgendermassen:

Kap. 3. Sancimus igitur, ne *ullo modo* patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae filium suum aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo *praeterire* vel *exheredare* liceat, etsi quacunque donatione vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo partem legibus illis debitam dederint, *nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.*

9) HOFACKER Hist. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 31. MALBLANC Dig. T. III. §. 698. THIBAUT System des P. R. Tom. II. §. 819. besonders Boock Lehre von der Enterbung 1. Hauptstück S. 24. folgg.

Kap. 4. heißt es eben so: Sancimus igitur, ne liberis parentes suos *praeterire*, vel eos quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, *plane excludere liceat*, nisi *causas*, *quas enumerabimus*, *in testamentis suis specialiter scripserint.*

Es soll jedoch,

II) wenn die Vorschrift dieses Gesetzes nicht beobachtet worden ist, nur die Erbeneinsetzung aufgehoben werden, und die Intestaterbfolge eintreten. Alles andere aber, was in dem Testament noch sonst an Vermächtnissen, Fideicommissen, Freyheiten, Vormundschaften und dergleichen ist angeordnet worden, also auch die Pupillar-Substitution [10]), soll

10) Anderer Meinung ist zwar MADIHN in Princip. iur. Rom. de successionib. §. 159. p. 200. Er geht von dem Grundsatz aus, daß durch die Nov. 115. Kap. 3. und 4. das inofficiöse Testament gleichsam in einen Intestat-Codicill verwandelt werde. Es könnten also zwar Vermächtnisse, Fideicommisse und Manumissionen, aber keine Pupillar-Substitution bestehen, als welche in keinem Codicill angeordnet werden könne. Allein Madihn geht hier von einem ganz unrichtigen Grundsatz aus. Justinian sagt keinesweges, daß das Testament, welches wegen einer ungerechten Enterbung oder Präterition umgestossen worden, in Ansehung der Vermächtnisse und übrigen außer der Erbeinsetzung darin enthaltenen Verordnungen, als ein Intestat-Codicill gelten solle, sondern, er sagt vielmehr, daß in Ansehung dieser übrigen Verfügungen des Erblassers das Testament desselben als nicht rescindirt angesehen werden solle. Es heißt am Ende des 3. Kap. der Nov. 115. ausdrücklich: et tanquam in hoc *non rescissum* obtineat *testamentum*, oder wie es Hombergk übersetzt hat, *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat.* Hierzu kommt, daß Justinian ausdrücklich verordnet, es solle nur

die

soll gültig bleiben, und hierin der Wille des Erblassers erfüllet werden, nicht anders als ob das Testament in so weit nicht rescindirt worden wäre. Dieser zweyte Theil des Gesetzes lautet nach der Hombergkischen Uebersetzung so:

Kap. 3. Si vero haec non observentur, liberis exheredatis nullum praeiudicium fiat, *sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento infirmato, ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant*: ne liberi fictis accusationibus condemnentur vel circumscriptionem quandam in bonis parentum sustineant. *Si tamen contingat, ut in eiusmodi testamentis legata quaedam vel fideicommissa vel libertates relinquantur, vel tutores dentur, vel alia quaecunque capita legibus probata nominentur, illa omnia impleri iisque dari iubemus*, quibus relicta sunt, *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat.*

Kap. 4. Si vero illa non observentur, nullam vim eiusmodi testamentum, quantum ad institutio-

nem die Erbeneinsetzung aufgehoben werden, wenn das Testament aus dem Grunde der 115. Nov. angefochten wird. Natürlicher Weise muß also schon darum die Pupillar-Substitution gültig bleiben, weil *alia quaecunque capita legibus probata* bey Kräften erhalten werden sollen. Hierin stimmen auch überein VOET in Comm. ad Pand. Tom. II. lib. XXVIII. Tit. 6. §. 24. HUNNIUS in var. Resolut. iur. civ. lib. II. Tr. 5. Qu. 13. Westphal von Testamenten §. 380. a. E. S. 267. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1316. MALBLANC Princ. iur. Rom. sec. ord. Dig. T. III. §. 713. pag. 886. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 508. Nr. 10. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 819. S. 234. besonders Boock Lehre von der Enterbung §. 26. S. 88. folg.

nem heredum, habere ſancimus, ſed everſo teſtamento, heredes ab inteſtato ad defuncti hereditatem vocamus, iisque res illius dari ſancimus: legatis ſcilicet, ſive fideicommiſſis et libertatibus et dationibus tutorum et aliis capitibus vim ſuam obtinentibus.

Dieſes vorausgeſchickt, ſo entſtehen nun, um das Verhältniß dieſer Novelle zu dem ältern Recht näher zu beſtimmen, folgende Fragen.

1) Wenn Deſcendenten von einem väterlichen Aſcendenten im Teſtament präterirt, oder nicht rite enterbt worden ſind, ſo daß die Exheredation ſelbſt nach der alten Form ungültig iſt, findet hier die Nov. 115. Kap. 3. Anwendung, ſo daß nur die Erbeneinſetzung aufgehoben wird, die übrigen Verordnungen des Teſtaments aber ſo wie die Vermächtniſſe gültig bleiben; oder können nicht vielmehr die Kinder in dieſem Falle noch jetzt die alte Nullitäts-Querel mit der Wirkung anſtellen, daß das ganze Teſtament nebſt allen Anhängen deſſelben vernichtet wird? Die Rechtsgelehrten ſind über dieſe Frage ſehr verſchiedener Meinung. Einige [11]) behaupten ganz allgemein, daß die Präterition der Kinder, ſie geſchehe vom Vater oder der Mutter, keine andere Wirkung habe, als welche ihr in dieſer Novelle zugeſchrieben wird, und daß alſo nur die

11) DONELLUS in Comment. iur. civ. lib. VI. cap. 13. STRUV Synt. iur. civ. Ex. 32. Th. 32. DUARENUS in Comm. ad Tit. D. de iniuſto rupt. et irr. teſt. cap. 2. HOTTOMANNUS Lib. IV. Obſ. 27. FACHINAEUS in controv. iur. lib. 6. Cap. 77. et lib. X. cap. 70. und Book Lehre von der Enterbung 2. Hauptſt. §. 29.

die Erbeinsetzung zu Grunde gehe. Andere [12]) unterscheiden zwischen solchen Kindern, die noch in des Testirers väterlichen Gewalt sich befanden, und emancipirten Kindern. Auf die Präterition der erstern gehe die Novelle nicht, sondern diese könnten auch noch jetzt die Nullitätsquerel des ältern Rechts mit der Wirkung anstellen, daß das ganze Testament mit seinen Anhängen zerfalle. Wenn aber emancipirte Kinder präterirt worden sind, so könnten diese nun auch nach der Nov. 115. das Testament als nichtig anfechten, ohne der prätorischen Bon. possessio contra tabulas weiter benöthiget zu seyn. Noch andere [13]) behaupten, daß auf den Fall, wenn Kinder von väterlichen Ascendenten präterirt worden sind, die Nov. 115. gar nicht gehe, sondern die Kinder könnten in solchem Falle das Testament durch die ältern Rechtsmittel, nämlich durch die Nullitätsquerel oder die *B. P. contra Tabulas*, je nachdem sie entweder sui oder emancipati sind, als ungül-

12) *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. lib. XXVIII. Tit. 2. Qu. 6. STRYK Us. mod. Pand. Tit. de lib. et postum. §. 3. SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. §. 4.

13) CUJAC. ad L. 17. D. de iniusto rupt. test. *Ant.* FABER Conject. iur. civ. lib. IX. c. 14. IDEM de Error. Pragm. Dec. XX. err. 4. et dec. XLIX. err. 5. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. 17. Qu. I. sqq. VINNIUS select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 20. VOET Comm. ad Pand. Tit. de lib. et postum. §. 4. *Luc. van de* POLL de exhered. et praet. cap. 20—22. *Ge.* FEIN Diss. de herede suo sub conditione instituto. *Goett. 1777.* Sect. I. §. 10. Koch Bonor. poss. §. 8. S. 135. und 180. Westphal von Testamenten §. 549. und THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 819. S. 234. am Ende. Höpfners Commentar §. 528. Not. 1.

tig anfechten. Justinian habe also das alte Recht in Ansehung der in dem väterlichen Testament geschehenen Präterition der Kinder nicht geändert, sondern setze in der Nov. 115. einen solchen Fall voraus, da die Exheredation oder Präterition nach dem ältern Rechte gültig gewesen wäre. Unter diesen verschiedenen Meinungen ist zwar die erstere wegen der *Auth.* Ex causa. *Cod. de lib. praeterit.* in der Praxis angenommen [14]), und man kann ihr auch in sofern mit Grund beytreten, als nach derselben anzunehmen ist, daß die Nov. 115. Kap. 3. nicht blos von der mütterlichen Präterition der Kinder allein zu verstehen sey, sondern ebenfalls auch auf den Fall gehe, da Kinder von einem väterlichen Ascendenten präterirt worden sind. Dies beweisen die Anfangsworte klar: Sancimus, ne ullo modo *patri* aut matri, *avo* aut aviae, *proavo* aut proaviae, filium suum aut filiam aut reliquos liberos *praeterire* aut exheredare liceat, wo des Vaters und der väterlichen Ascendenten ausdrücklich gedacht wird, und man thut den Worten offenbar Gewalt an, wenn man sie blos von der mütterlichen Präterition verstehen, und das Wort exheredare blos auf den Vater und die väterlichen Ascendenten beziehen will. Allein deswegen war es Justinians Absicht ganz und gar nicht, durch dieses Gesetz das ältere Recht in Absicht auf die väterliche Präterition der Kinder ganz aufzuheben. Denn es bedarf keines mühsamen Beweises, um sich lebhaft davon zu überzeugen, daß Justinian in der Nov. 115. Kap. 3. einen solchen Fall voraus setze, wo das Testament der Exheredation

14) GAIL Observat. lib. II. cap. 113. et 114. CARPZOV jurispr. for. P. III. Constit. IX. Definit. 3. nr. 2. MÜLLER ad *Struv.* Exercit. XXXII. Th. 32. not. 9.

dation oder Präterition ungeachtet nach den ältern Gesetzen zu Recht besteht. Dies beweisen die Worte: Si autem haec obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis *praeiudicium* generari, welche keinen Sinn hätten, wenn das Testament wegen der Ausschließung der Kinder schon nach den ältern Gesetzen an sich nichtig wäre. Sie deuten also offenbar auf einen solchen Fall hin, wo außer diesem Gesetz sonst keine Querel Statt hätte. Das Gesetz sagt ferner: Sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire, wie reimt sich dies mit dem Falle zusammen, wo das ältere Recht schon das ganze Testament für null und nichtig erklärt? Das Gesetz verordnet endlich, es sollen, außer er Erbeneinsetzung, alle übrige Verfügungen des Testaments beobachtet werden, ut tanquam in hoc *non rescissum* obtineat testamentum. In der That müßte der Gesetzgeber seinen Verstand verlohren haben, wenn er von einem Testament, was die ältern Gesetze, die er kurz vorher noch selbst bestätiget hatte [15]), auch in Ansehung der Vermächtnisse für null und nichtig erklären, hätte sagen wollen, es soll in Absicht auf die Vermächtnisse als nicht aufgehoben angesehen werden. Dies setzt offenbar voraus, daß das gan-

15) *L. 30. §. 1. C. h. t.* wo es heißt: Sin vero vel *praeterierint* aliquam eorum persona iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint: *tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem vel permutationem acceptura.* — *L. 31. C. eodem* — exceptis illis, quibus *nihil* in testamento derelictum est, *in quibus prisca iura illibata servamus.*

ze Testament an sich gültig geblieben wäre, wenn es nicht vom Richter in Absicht auf die Erbeneinsetzung wegen der dagegen angestellten Klage wäre aufgehoben worden.

Es ist also gewiß, daß die Nov. 115. Kap. 3. nach der wahren Absicht des Gesetzgebers nicht auf solche Fälle gezogen werden könne, wo das Testament schon vorher, als nichtig angefochten werden konnte, folglich in Ansehung der den präterirten Kindern gegen das väterliche Testament nach dem ältern Rechte zustehenden Nullitätsquerel nichts geändert sey. Denn die Absicht des Gesetzgebers war, durch sein Gesetz das Unrecht der Exheredation und Präterition von den Kindern zu entfernen, wie er selbst sagt Nov. 115. Kap. 3. a. E. und Kap. 5. im Anf. Es war also in solchen Fällen kein neu Gesetz nöthig, wo schon das ältere Recht die Kinder gegen das Unrecht der Enterbung und Präterition in Schutz nahm, und ihnen dagegen hinlängliche Rechtsmittel gab, sondern nur in solchen Fällen war das neue Gesetz nöthig, wo die Exheredation nach dem alten Recht gültig und die Präterition erlaubt gewesen wäre. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde Justinian durch sein Gesetz mehr geschadet, als geholfen haben, weil er ihnen statt des ältern vortheilhaftern Rechtsmittels ein neues weniger vortheilhaftes gegeben hätte [16]).

Aus diesen Gründen ist es daher auch keinem Zweifel unterworfen, daß die Nov. 115. Kap. 3. eben so wenig auf solche Notherben Anwendung finde, die nach dem älteren Rechte das Testament des väterlichen Ascendenten durch ihre Agnation rumpiren [17]).

Es

16) SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. §. 4. not. c. pag. 92.

17) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 22. HAUBOLD Diss. de different. inter testam. nullum et inofficios. c. VI. not.

Es kommt alſo nur noch darauf an, in wiefern ſchon vor der Nov. 115. die praeteritio paterna der Kinder mit der mütterlichen gleiche Wirkung hatte, ohne daß das Teſtament als nichtig oder lieblos angefochten werden konnte. Dies lehrt uns Juſtinian in der *L.* 30. *C. h. t.* wo er ſagt: Omnimodo teſtatorum voluntatibus proſpicientes, magnam et innumerabilem occaſionem ſubvertendae eorum diſpoſitionis amputare cenſemus: et in certis caſibus, in quibus de *inofficioſis* defunctorum teſtamentis, vel *alio modo ſubvertendis* moveri ſolebat actio, certa et ſtatuta lege tam mortuis conſulere, quam liberis eorum vel aliis perſonis, quibus eadem actio competere poterat: ut ſive adjiciatur in teſtamento de adimplenda legitima portione, ſive non, *firmum* quidem ſit *teſtamentum*, liceat vero his perſonis, quae teſtamentum quaſi inofficioſum vel *alio modo ſubvertendum* queri poterant, id quod minus portione legitima ſibi relictum eſt, ad implendam eam ſine ullo gravamine vel mora exigere: ſi tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos ſcilicet ingratos circa ſe fuiſſe teſtator dixerit. — *Et haec quidem de his perſonis ſtatuimus, quarum mentionem teſtantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommiſſo, licet minorem legitima portione, reliquerint.* Es liegt in dieſen Worten ganz klar, daß in ſolchen Fällen, wo ſonſt das Teſtament wegen der Präterition oder der Enterbung als pflichtwidrig, oder als nichtig angefochten werden konn-

not. z. pag. 20. *Io. Chr.* KOCH Diſſ. de teſtamento per matrimonium vel nullo vel rupto. *Gieſſae* 1773. §. 4. HOFACKER hiſtor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 30. in fin.

konnte [18]), nun dieſe Klagen wegfallen ſollen, wenn ſolche Notherben, die ſich dieſer Klagen bedienen konnten, mit einem Theile des Vermögens wären bedacht worden, es ſey erbeinſetzungsweiſe oder durch ein Vermächtniß geſchehen, wenn das, was ihnen hinterlaſſen worden, auch weniger, als der Pflichttheil, betragen ſollte. Hier ſoll blos ſupplectoriſch geklagt werden können, es mag im Teſtament geſagt ſeyn, daß der Pflichttheil ergänzt werden ſolle, oder nicht. Nach dieſem Geſetz war alſo ſchon die Einſetzung oder Enterbung der ſuorum oder emancipatorum in dem Falle kein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit des väterlichen Teſtaments mehr, wenn die Kinder auch nur mit Etwas im Teſtament bedacht worden ſind; und das Teſtament konnte nach dieſem Geſetz nicht mehr, wie ſonſt im Falle einer Enterbung, als lieblos, oder im Falle der väterlichen Präterition, als null [19]) angefochten werden. Nur dann, wenn die Kinder im Teſtament gar nicht im geringſten bedacht worden ſind, ſoll das alte Recht gelten, und das Teſtament im Falle einer väterlichen Präterition als nichtig, im Falle einer mütterlichen oder ſonſtigen Ausſchlieſſung eines Notherben aber als inofficiös angefochten werden können. Nach dieſem Geſetz brauchten alſo Aſcendenten, ohne Unterſchied ſie ſeyen väterliche oder mütterliche, ihren Kindern nur etwas im Teſtament zu hinterlaſſen, gleich-

18) Man ſehe §. 548. S. 111. dieſes Comment.

19) Dies wollen ohne Zweifel die Worte vel *alio modo ſubvertendum queri* poterant, ſagen, welche deutlich genug auf die Teſtamente der väterlichen Aſcendenten hinzielen. Denn die übrigen Teſtamente konnten bekanntlich im Falle der Ausſchlieſſung auf keine andere Art, als durch die querela inofficioſi, umgeſtoſſen werden. S. Boock Lehre von der Enterbung §. 29. S. 103.

gleichviel unter welchem Rechtstitel, um gegen die Nullitäts. und Inofficiositäts. Querel derselben gesichert zu seyn. Dies hat nun aber Justinian durch die Nov. 115. Kap. 3. abgeändert, und es den Eltern zur Pflicht gemacht, ihre Kinder als Erben zu bedenken, wenn sie keine Ursache haben, solche als undankbare auszuschliessen. Man unterscheide also nun folgende Fälle.

1) Ein väterlicher Ascendent hat seine Kinder gar nicht bedacht. Auf diesen Fall geht die Nov. 115. gar nicht, sondern hier hat Justinian das alte Recht in den *L.* 30. und 31. *C. h. t.* ausdrücklich bestätiget, nach welchem die sui das Testament als nichtig, die emancipati solches mit der bonorum possessio contra tabulas, und die postumi dasselbe als ruptum anfechten können, und hierin ist durch die Nov. 115. Kap. 3. nichts geändert worden.

2) Die Kinder sind zwar vom Vater im Testament bedacht worden, aber nicht als Erben, sondern der Pflichttheil ist ihnen als ein bloßes Legat hinterlassen worden, ohne sie im Uebrigen ausdrücklich enterbt zu haben. Dieses ist nach der Novelle als eine wahre Präterition anzusehen, allein die alte Querel der Nichtigkeit findet hier nicht mehr Statt, weil sie Justinian schon in diesem Falle durch vorhergehende Gesetze, nämlich *L.* 30. *et* 31. *C. h. t.* aufgehoben hatte. Das Testament kann also nach der Nov. 115. als rechtswidrig angefochten werden, und es tritt hier die in dem neuern Gesetz bestimmte Wirkung ein, nach welcher blos die Erbeinsetzung rescindirt wird, die übrigen Verfügungen des Testaments aber gültig verbleiben.

Hiernächst entsteht

II. die Frage, ob die emancipirten Kinder, wenn sie in dem Testament eines väterlichen Ascendenten gänz-

gänzlich präterirt, oder nach der Form des ältern Rechts nicht exheredirt worden sind, noch jetzt die *B. P. contra Tab.* nöthig haben? oder ob sie nicht eben sowohl, wie die sui liberi, das väterliche Testament als ungültig anfechten können. Auch dieses ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrten [20]) behaupten, der Unterschied zwischen den suis und emancipatis liberis sey in Absicht auf die Mittel das Testament anzufechten nicht aufgehoben, sondern in soweit geblieben, daß die sui praeteriti das Testament als null anfechten, die non sui aber auch noch h. z. T. die B. P. contra tabulas suchen müßten. Allein andere [21]) unterscheiden, ob die non sui das Testament aus dem Grunde anfechten, weil die Vorschrift der Nov. 115. nicht beobachtet worden, oder aus einen Grunde des ältern Rechts. Im erstern Falle sagen sie, sey die B. P. c. T. nicht mehr nöthig, weil das Gesetz zwischen suis und emancipatis keinen Unterschied macht, in dem letztern Falle aber müßten die emancipati praeteriti noch h. z. T. die B. P. c. T. suchen. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [22]), welche ohne Unterschied

20) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 76. §. 10. *Ant.* FABER de error. Pragmaticor. Dec. 14. Er. 7. VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. de exheredat. lib. HOFACKER Diss. de exheredat. et praet. §. 24. MALBLANC Princip. iur. Rom. T. III. §. 695. GAMBSJAEGER cit. Commentat. P. III. §. 8. p. 44. sqq.

21) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 527. Koch in der Bon. possessio §. 8. S. 132. und §. 30. S. 344.

22) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. §. 4. HAUBOLD in Diss. de differentiis inter testam. nullum et inoff. Cap. 6. p. 20. WALCH Controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. membr. §. 2. II. Bock Lehre von der Enterbung §. 29. S. 107. folgg. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Th. §. 820.

schied behaupten, daß die B. P. c. T. auch bey den emancipirten Kindern nur utilis sey, und ihnen übrigens ein gleiches Recht, wie den Suis, zustehe, das Testament als nichtig anzufechten, worin sie präterirt worden sind. Diese Meinung verdient ohne Zweifel den Vorzug. Zwar läßt sich nicht behaupten, daß die Nov. 115. Kap. 3. auf diesen Fall gehe, als welche, wie schon gezeigt worden ist, ein solches Testament voraussetzt, welches nach dem ältern Recht nicht hätte angefochten werden können. Allein unstreitig ist es, daß die emancipirten Kinder durch die Nov. 118. c. 1. in Ansehung der Intestaterbfolge den suis gleich gemacht worden sind. Sie haben nun also auch der B. P. nicht mehr nöthig, als welcher sie ehemals nur darum bedurften, weil sie kein Civilintestaterbrecht hatten. Dies war, wie Herr Kanzler Koch [23]) sehr richtig bemerkt hat, der ganz natürliche Grund, warum emancipati zur querela nullitatis nach dem Civilrecht nicht berechtiget waren. Sollen nun also die emancipati den suis in Absicht auf die Intestaterbfolge gleichgehalten werden, so folgt hieraus, daß sie auch in Absicht der Mittel zur Intestaterbfolge zu gelangen, den suis gleichgemacht worden sind, folglich eben so, wie diese, das Testament als nichtig anfechten können, ohne der B. P. c. T. welche sie allenfalls utiliter, wenn sie wollen, dagegen suchen können, weiter benöthiget zu seyn. Diese Meinung ist auch in der Praxis angenommen, denn da ist, wie Höpfner [24]) sagt, von einem Gesuche um B. P. gar keine Rede mehr. Wie aber

III) wenn

23) Bonor. poss. §. 8. S. 175.

24) Commentar §. 527. am Ende S. 599. Eben so LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandectar. lib. XXVIII. Tit. 2. §. 4. REINHARTH in Observ. select. ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 2.

III. wenn emancipirte Kinder förmlich enterbt sind, es ist auch eine gesetzliche Ursache angeführt, wie die Nov. 115. vorschreibt; ist hier zur Anstellung der querelae inofficiosi testamenti noch jetzt die *B. P. litis ordinandae gratia* erforderlich? Höpfner [25]) will sie noch h. z. T. für nöthig halten, und Thibaut [26]) glaubt, sie sey wenigstens zur Transmission der Querel noch immer wichtig. Andere [27]) hingegen behaupten, daß jene B. P. jetzt als unnütz wegfalle, nachdem die emancipirten Kinder durch die Nov. 118. ein Civilintestaterbrecht bekommen haben, und diese Meinung verdient unstreitig den Vorzug. Denn bekanntlich diente jene B. P. nur dazu, um dem enterbten non suus ein Intestaterbrecht zu verschaffen, und ihn dadurch in die Lage eines sui heredis zu versetzen, damit er nun als solcher die querelam inofficiosi anstellen könne, wozu er sonst kein Recht hatte [28]). Nur in dieser Rücksicht war sie auch dem enterbten Emancipirten zur Transmission der Querel auf die Erben nöthig, denn bey dem enterbten Suus fiel sie weg [29]). Da nun die non sui nach der Nov. 118. ein gleiches Intestaterbrecht haben, so ist schlechterdings nicht zu begreiffen, wozu die B. P. litis ordinandae gratia noch dienen solle.

Daß

25) Commentar §. 529.

26) System des Pandectenrechts 2. Th. §. 820. in der vorigen Ausgabe §. 1032. war die entgegen gesetzte Meinung angenommen.

27) HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. pag. 1647. GAMBSJAEGER cit. Comm. P. IV. §. 2. not. 6. pag. 58. und Koch Bonor. poss. §. 30. S. 350. am Ende.

28) S. Webers Anmerk. zu Höpfners Commentar §. 658. Not. 1. S. 715.

29) *L. 7. D. b. t.*

Daß auch die Präparation der Querel, welche die Gesetze zur Transmission derselben erfordern, auf andere Art, als durch das Gesuch jener Art der B. P. geschehen könne, lehren Ulpian [30] und Paulus [31]) ganz deutlich [32]). Die allerstreitigste Frage ist nun aber

IV. die, was die Ausschliessung der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. für eine Wirkung habe, wenn zwar dieselbe nach dem ältern Rechte auf eine förmliche oder erlaubte Art geschehen ist, allein die Vorschriften des neuern Gesetzes nicht beobachtet worden sind, und also entweder keine gesetzliche oder eine falsche Ursache angeführt worden ist? Findet hier die Querela inofficiosi, oder die Nullitätsklage, oder vielleicht ein drittes ganz neues Rechtsmittel Statt? Hierüber giebt es sehr verschiedene Systeme sowohl unter den ältern als neuern Rechtsgelehrten. Unter den ältern Systemen haben das sogenannte Inofficiositäts-System, und das Nullitäts-System die meisten Anhänger gefunden, so daß man wohl mit Recht sagen kann, ihre Zahl ist Legion.

Soviel 1) daß sogenannte Inofficiositätssystem anbetrifft, so bestehet dieses darin, daß wenn die Ausschließung der Kinder oder Eltern nach der alten Form gültig ist, die Querela inofficiosi test. als welche durch die Nov. 115. nicht aufgehoben, sondern nur modificirt worden sey, angestellt werden müsse, ohne Unterschied, die Ausschliessung

30) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

31) *L. 7. D. eodem.*

32) Man sehe hier noch Steins Abh. von pflichtwidrigen Testamenten. §. 20. S. 74. und Not. f.

sung sey nach der neuen Form gültig oder ungültig. Die Klage ist daher die nämliche, es sey entweder gar keine, oder keine gesetzliche Ursache angeführt, oder die angeführte sonst gesetzliche Ursache sey falsch. Dieses System hat an Vinnius [33]), Noodt [34]), Schiffordegher [35]), Huber [36]), Voet [37]), van de Poll [38]), Alciat [39]), Duaren [40]), Nerius [41]), Fachinäus [42]), Perez [43]), Gudelinus [44]), und unter den neuern besonders an Jos. Finestres [45]), Pufendorf [46]), Majansius [47]), Reinold [48]), Westenberg

33) Comment. ad pr. I. de inoff. test. und in Quaest. iuris select. Lib. II. cap. 21.

34) Comm. ad Pand. h. t. pag. 160.

35) ad *Ant. Fabrum* Lib. I. Tract. XVII. Qu. 1. et 2.

36) Praelect. ad Inst. Tit. de exhered. lib. §. 2.

37) Comm. ad Dig. h. t. §. 23.

38) de exheredat. et praet. §. 22. et 23.

39) Parergor. lib. IV. cap. 9.

40) Comm. ad Tit. D. de inoff. test. cap. 3. in Operib. pag. 174.

41) Analect. Lib. II. cap. 15. (in *Thes. Otton.* Tom. II. p. 418.)

42) Controv. iuris Lib. IV. cap. 9.

43) Praelect. ad Cod. Tit. de lib. praet. n. 13.

44) de iure noviss. lib. II. cap. 4.

45) Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liber. et postum. P. IV. cap. 3. §. 32.

46) Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 76. §. 12. et 13.

47) Diss. de factis contra legem. §. 10. (in EIUS *Dissertat. iur. civ.* T. I. Diss. XI. pag. 209.)

48) Opusc. iurid. pag. 338. seqq.

berg [49]), Jul. Ge. Paul *du* ROI [50]), Joh. Nic. Schedel [51]), Ad. Fried. Reinhard [52]), Malblanc [53]), Hofacker [54]) und Koch [55]), eifrige Vertheidiger gefunden. Dieses System hat nun zwar den allerdings wichtigen Grund für sich, daß der Kaiser sich über den Fall, wenn der Vorschrift seines Gesetzes kein Genüge geschehen, auf eine solche Art erklärt, daß man nur gar zu deutlich daraus siehet, das Testament solle nicht ipso iure nichtig seyn, sondern durch richterliches Urtheil aufgehoben werden. Dies beweisen die in dem griechischen Text gebrauchten Ausdrücke ἀκυρόσθαι und ἀνατρέπεσθαι, welche nach dem Urtheile der Sprachkundigen soviel als rescindere, evertere, infirmare bedeuten, und von einem solchen Testament gebraucht werden, welches nicht ipso iure nichtig ist, sondern erst vom Richter aufgehoben werden muß, wie besonders Pufendorf a. a. O. mit vieler Gelehrsamkeit erwiesen hat. Dies erhellet noch mehr daraus, daß die Vermächtnisse ihre Gültigkeit behalten (legatis suam obtinentibus firmitatem), und das Testament in Ansehung derselben als nicht aufgehoben angesehen werden solle (et *tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*). Dieses System hat ferner für sich,

49) Dig. Tit. de lib. et postum. §. 10.

50) Diss. not. 1. cit.

51) Diss. de eo, quod circa materiam exheredationis et praeterit. Nov. 115. Cap. 3. mutatum est. *Giessae 1725.*

52) Sammlung jurist. philos. und kritischer Aufsätze. 1. Band 2. St. Nr. 2. S. 73.

53) Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. T. III. §. 697. pag. 849.

54) Hist. iur. civ. de exhered. et praeterit. §. 26.

55) Bonor. possess. §. 8. S. 140.

daß Justinian nirgends sagt, daß die Querel des lieblosen Testaments nun durch seine neue Constitution bey den Kindern und Eltern aufgehoben seyn, und eine neue Klage an deren Stelle treten solle. Man muß also annehmen, er habe die ältere Klage im Sinn gehabt, und diese auch auf die in der Novelle bestimmten Fälle jedoch unter den hier festgesetzten Modificationen erstreckt wissen wollen. Indessen hat dieses System freylich noch manche erhebliche Zweifel gegen sich. Denn man kann dagegen einwenden:

1) die Querela inofficiosi setze ein nach dem strengen Civilrecht gültiges Testament voraus; ist aber bey der Ausschließung der Kinder und Eltern entweder gar keine, oder keine rechtmäsige Ursache ausgedrückt, oder die genannte Ursache falsch, so lasse sich in keinem dieser Fälle annehmen, daß das Testament, da es der buchstäblichen Vorschrift eines neuen Civilrechts geradezu entgegen streitet, dennoch stricto iure gültig sey. Denn eine Handlung, der es an der gehörigen Form fehlt, zerfällt nach bekannten Grundsätzen in sich selbst.

2) Wer die Querela inoff. test. anstellt, gründet sich darauf, er habe die Ausschließung nicht verdient; ist nun aber die Vorschrift der Novelle nicht beobachtet, so kommt nichts darauf an, ob der Enterbte die Enterbung verdient habe oder nicht. Es wird also der Kläger doch gewinnen, wenn er auch die Enterbnng wirklich verdienet hätte.

3) Man kann es auch nicht gerade für eine pflichtwidrige Handlung erklären, wenn der Testirer die Ursache der Enterbung nicht angeführt hat, er kann die Ursach aus Unachtsamkeit oder aus Schonung des Enterbten nicht mit angeführt haben. Wäre nun in dem Gesetz die Querela

la inofficiosi gemeint, so müßte es genug seyn, daß der Testirer eine rechtmäßige Ursache gehabt, deren Wahrheit der Erbe beweisen kann, um den Kläger abzuweisen; allein das Gesetz hält dieses nicht für genug, sondern sagt: *nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.* Wenn nun gleich

4) sich allerdings annehmen läßt, daß eine ältere Klage auch die neuen Bestimmungen der Civilgesetze mit ergreife, wenn die Natur jener Klage auf dergleichen neuere Vorschriften paßt, und denselben nicht widerspricht; so lasse sich doch hier, wo die Nichtbeobachtung des neuern Gesetzes (Nov. 115.) gerade das Gegentheil von dem mit sich bringt, was jene ältere Klage, welche nach dem Inofficiositäts-System voraus gesetzt wird, wesentlich erfordert, die Schlußfolge nicht rechtfertigen, auf welche jenes System gebaut ist.

2) Nach dem Nullitätssystem unterscheidet man, wenn Kinder oder Eltern auf eine erlaubte Art übergangen, oder rite enterbt sind, so daß die Ausschließung nach der alten Form gültig ist; so ist entweder eine gesetzliche Ursach angeführt oder nicht, in dem letztern Falle sey das Testament nach dem neuern Rechte nichtig, und es habe die *Querela nullitatis iuris novi* statt. In dem erstern Falle aber sey das Testament, wofern die angeführte Ursache falsch ist, für pflichtwidrig zu halten, und es müsse die *Querela inofficiosi* angestellet werden. Dieses System, welches auch unser Verf. angenommen, vertheidigen besonders Struv [56], Schilter [57], Faber [58], Berger [59], Stryk [60], Cocceji

56) Synt. iur. civ. Ex. X. Th. 15. und Ex. XXXII. Th. 32.

57) Praxi iur. Rom. Ex. XIV. §. 46. u. Ex. XXXVIII. §. 54.

58) de Errorib. Pragmat. Dec. XIV. Err. 7.

ceji [61]), Bauer [62]), Westphal [63]), Walch [64]), Haubold [65]), Gebr. Overbeck [66]), Emminghaus [67]), Madihn [68]) u. a. m. Beyden Klagen wird nun zwar die nämliche Wirkung zugeschrieben, daß sie nämlich nicht das ganze Testament umstoßen, sondern nur die Erbeinsetzung entkräften, übrigens aber seyen sie doch in Hinsicht der Verjährungszeit, des Ueberganges auf die Erben und sonst sehr unterschieden. Allein auch diesem System steht der wichtige Einwurf entgegen, daß nach der Nov. 115. in Hinsicht der Wirkung unter beyden Fällen, ob gar keine oder keine rechtmäßige Ursache angeführt ist, oder ob die angeführte rechtmäßige Ursache nicht erwiesen werden kann, gar kein Unterschied gemacht ist, sondern beyde Fälle an dem nämlichen Platze, wo ihre Entscheidung steht, mit einander verknüpft vorgetragen sind. Also die Klage, welche nach der Intention des Gesetzgebers in dem einen Falle Statt findet, die muß auch in dem andern Platz greifen. Nun hat der Gesetzgeber keine neue Klagen genannt, es können also keine angenommen werden, sondern man muß glauben, der

59) Oecon. iur. lib. II. Tit. 4. Th. 14. not. 2.

60) Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

61) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

62) Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredat. §. 13.

63) Theorie des R. R. von Testamenten §. 548. u. 559.

64) Controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. memb. 2. §. 20.

65) Diss. de differ. inter test. nullum et inoff. cap. 7.

66) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 114.

67 ad *Coccejum* c. l. not. e. pag. 442.

68) Princip. iur. Rom. de success. §. 141.

der Gesetzgeber habe es bey der schon bekannten Klage wollen bewenden lassen [69]). Daß auch dann, wenn die Exheredation oder Präterition ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursache geschehen ist, nicht die Nullitätsklage, sondern die querela inoff. Statt finde, erhellet schon daraus, weil es an sich gar nicht passend ist, daß durch einen und denselben im Gesetz gebrauchten Ausdruck (testamento evacuato) ein zu rescindirendes und ein an sich nichtiges Testament bezeichnet werden könne.

Unter den neuern Systemen, welche über die Nov. 115. und deren Verhältniß zu den ältern Rechten zum Vorschein gekommen sind, und welche hier nicht zu übergehen sind, verdient zuerst die von dem Geh. Rath Schneidt zu Würzburg [70]) vertheidigte Lehre eine vorzügliche Erwähnung. Sie besteht nämlich darin, daß bey der Ausschliessung der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. die Querela inoff. ganz wegfalle, und an deren Stelle eine neue in ihren wesentlichen Eigenschaften von jener Querel ganz verschiedene Klage (*Condictio ex lege*) getreten sey. Die alte Querel, sagt er, könne darum nicht mehr zur Anwendung kommen, weil der Grund und die Wirkung, welche dem neuen Rechtsmittel in der Nov. 115. beygelegt ist, gar nicht mehr auf sie paßt. Denn der Grund der neuen Klage beruhe nicht mehr, wie bey der alten Querel, in einem Vorwande, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen, weshalb das Testament vermittelst derselben ganz zu Grunde gieng,

69) Koch Bon. poss. §. 8. S. 141.

70) Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule. *Wirceb. 1778.* und Desselben Iurisprud. for. in ord. systemat. redact. et supplet. Tom. I. §. 642. (*Wirceb. 1802. 8.*)

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1806.

Fortsetzung
des Tit. 2. Libri V.
de inofficioso testamento.

§. 551.

Wirkungen der Präterition und Exheredation.

Nachdem wir von den Ursachen der testamentlichen Ausschliessung der Notherben und insonderheit von der Form der Exheredation das Nöthige bemerkt haben, so ist nun noch von den Wirkungen der Ausschliessung [1]) zu handeln übrig.

Im

1) Die Hauptschriften über diese Materie sind schon oben S. 197. Not. 32. angeführt. Diesen sind hier noch folgende beyzufügen. *Christ. Gott.* HAUBOLD Diss. iur. civ. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. P. I. praes. *Car. God. de* WINCKLER def. *Lipsiae 1784. Iul. Ge. Paul du* ROI Diss. de testamento ob exheredationem sine elogio factam non ipso iure nullo. *Helmst.* 1780. *Frid. Wilh. Car.* SARTORII Diss. iur. civ. de bonorum possessione, quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt. *Lipsiae 1775.* Herrn Kanzlers Koch Bonorum possessio. Giessen 1799. §. 8. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 524. u. folgg. *Io. Chr.* WOLTAER Flores ad ius querelae de inoff. testamento sparsi. Halae. 1778. Ebendesselben Observationes iuris civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 27. *Io. God.* HARTUNG Schediasm. de eo, quod mutatum Nov. 115. cap. 3. et 4. circa exheredationem parentum pariter ac liberorum. *Witemb. 1731. Fr. Wilh.*

Im Allgemeinen bestehen zwar diese Wirkungen darin, daß Notherben zuweilen das Testament als *nullum*, zuweilen als *ruptum* anfechten, zuweilen die *bonorum possessio contra tabulas* dagegen suchen, zuweilen die *querela inofficiosi testamenti* anstellen können. Allein streitig ist es, wenn die eine oder die andere Wirkung eintritt, und sehr verschieden sind die Meinungen der Rechtsgelehrten, wenn die Frage ist, wie weit durch die Novellen 115. und 118. das ältere Recht ist abgeändert worden. Um alle Verwirrung zu verhüten, ist durchaus nothwendig, zuvörderst das ältere Recht genau kennen zu lernen, welches besonders vor der Novelle 115. galt. Dann erst kann man weiter fragen, welche Aenderungen hierin durch die 115. und 118te Novelle gemacht worden sind.

Das ältere Recht stellt zwey Hauptgrundsätze auf.

I) Ist bey der Ausschliessung eines Notherben die Form des ältern Rechts nicht beobachtet, so kann der Civil-Notherbe, welcher zur Zeit des Testaments schon gebohren war, das Testament als von Anfang an nichtig (*nullum*), der *Postumus* aber als *ruptum* mit der Wirkung anfechten, daß auch die Legate und übrigen Verordnungen des Testaments mit der Erbeneinsetzung wegfallen [2]). Der prätorische Erbe sucht dagegen die *bonorum possess-*

GAMBSJAEGER Comm. de testamento in genere in specie inofficioso una cum remediis iuris. P. IV. pag. 53. seqq. Steins Abhandl. von pflichtwidrigen Testamenten Kap. 3. S. 73. ff. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten S. 319. ff. und S. 414. ff. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 815—821. (der zweyten Auflage).

2) *L. 7. L. 30. D. de lib. et postum. L. 1. et L. 17. D. de iniusto rupto et irr. testam. L. 1. C. de postum. hered. instit.*

possessio contra tabulas [3]). Jedoch gab dieselbe der Prätor auch dem Civil-Notherben [4]), nicht nur, wenn er präterirt, oder nicht rite enterbt war, sondern auch, welches sehr merkwürdig ist, wenn er neben einem präterirten Kinde zum Erben eingesetzt war, das Kind mochte nun die bonorum possessio für seine Person agnosciren oder nicht [5]). Jedoch wurde sie hier nur als utilis angesehen, dem prätorischen Notherben aber war sie nöthig [6]). Letzter mußte

 auch

3) *L. 1. pr. D. de bon. poss. c. Tab. §. 3. I. de exheredat. liber. §. 1. I. de bon. possess.*

4) *§. 12. I. de hered. quae ab int. def. L. 1. §. 2. et 5. D. de bon. poss. contra tab. L. 4. C. de lib. praeterit.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2.

5) *L. 3. §. 11. L. 8. §. 11. et 14. L. 10. §. 6. D. de bonor. poss. cont. tab.* Nur mußte der filius heres institutus sich noch nicht in die Erbschaft immiscirt oder solche angetreten haben. *L. 14. pr. D. de bon. poss. c. T.* Kochs Bonor. possessio §. 8. S. 121. folg.

6) Nur in einem Falle erscheint auch der Suus als bonorum possessor necessarius, welchen die *L. 12. §. 1. D. de bon. poss. c. T.* enthält, nämlich wenn der Sohn in dem ersten nach der Strenge des Rechts gültigen Testament von seinem Vater förmlich enterbt, in dem zweyten der Form nach mangelhaften Testament aber präterirt worden ist. Hier muß der Präterirte gegen das zweyte Testament, um die Erbschaft zu erhalten, die B. P. c. T. suchen, welche ihm jedoch das Gesetz nur in dem Falle giebt, wenn der darin eingesezte Erbe, sobald der Sohn bey Seite gesetzt wird, die Erbschaft würde erhalten können, weil alsdenn das erste Testament durch das zweyte nach *L. 3. D. de iniusto rupto etc. test.* für aufgehoben zu achten ist. Wollte hier der Sohn, als *Suus*, wegen seiner Präterition, oder auch zugleich wegen des Mangels der äus-

auch gewisse Vermächtniss prästiren [7]), von welchen jener befreyet war [8]). Uebrigens ward das Testament dadurch rescindirt, und die Intestaterbfolge trat ein [9]).

II) Ist dagegen die Enterbung oder Uebergehung des Notherben förmlich, oder weil der Präterition eigentlich in dem ältern Rechte keine Form vorgeschrieben ist, dieselbe in einem solchen Testament geschehen, in welchem sie einer förmlichen Enterbung gleichgeachtet wird, so ist das Testament nach der Strenge des Rechts zwar gültig; doch kann der ohne gerechten Grund ausgeschlossene Notherbe durch die *Querela inofficiosi testamenti* auf Rescission des Testaments dringen, zu welcher sich aber der prätorische Notherbe erst durch die *bonorum possessio litis ordinandae gratia*

äussern Form das lezte Testament als nichtig impugniren, so würde nun das letzte Testament das erste nicht rumpiren, und er müßte jetzt sein Heil mit der Inofficiositätsquerel gegen den in dem ersten Testament eingesetzten Erben versuchen. Was wird er nun aber damit ausrichten, wenn er die Enterbung verdient hat? S. Kochs Bonor. possessio im Commentar über *L.* 12. §. 16. S. 384. u. Weber in den Anmerkungen zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institut. §. 659. Not. 3.

7) *L.* 1. *D. de legatis praestandis contra Tab. bonorum possessione petita.*

8) *L.* 15. *pr. D. eodem*, wo es heißt: Absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit; cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure.

9) *L.* 1. *pr. D. de legat. praest. L.* 17. *Cod. de collat. L.* 4. *Cod. de lib. praeterit.* Kochs bonor. poss. §. 8. S. 124. folgg. Meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 8. S. 29. a. E. u. folg.

gratia den Weg bahnen mußte [10]). Eine *bonorum poſſeſſio contra tabulas* hingegen konnte hier nicht Statt finden [11]).

Es erhellet hieraus, daß ein ſolches Teſtament, welches, wie Marcian [12]) ſagt, *recte quidem, ſed non ex officio pietatis factum eſt*, d. i. worin ein Notherbe zwar auf eine

10) Dieſe war eine Art der bonorum poſſeſſio unde liberi, welche der Prätor einem emancipirten Kinde gab, das zwar auf eine förmliche aber liebloſe Art war exheredirt worden, um es zur Anſtellung der Inofficioſitätsklage zu qualificiren. Denn der filius emancipatus erhielt dadurch ein prätoriſches Inteſtaterbrecht, welches ihm nach dem Civilrecht nicht zuſtand. Der *bonorum poſſeſſio litis ordinandae gratia* gedenkt Ulpian *L. 6. §. 2. L. 8. pr. D. de inoff. teſtam.* Man ſehe *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 8. und Meine Erört. der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 76. Dieſe B. P. litis ord. gratia war jedoch auch dem Vater nöthig, wenn er gegen das Teſtament ſeines emancipirten Sohns die querela inoff. teſt. anſtellen wollte. HAUBOLD cit. Diſſ. cap. VI. pag. 23.

11) *L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* Kochs B. P. §. 8. S. 110. f. Ein förmlich enterbtes Kind wird auch nicht einmal durch ein anderes in dem Teſtament übergangenes Kind der B. P. contra T. theilhaftig, *L. 10. §. 5. D. cit.* ſondern erſteres kann nur, wenn der filius ſuus praeteritus das Teſtament nach dem Civilrecht als null und nichtig angefochten, und die Erbſchaft als Inteſtaterbe erlangt hat, mit Hülfe der *Bon. poſſeſſio Unde liberi* zur Hälfte der Erbſchaft gelangen. *L. 32. D. de lib. et poſth. L. 1. §. 9. D. Si tab. teſtam. nullae extab.* und wenn das präterirte Kind die B. P. c. T. erhalten, ſo muß das enterbte die querelam inoff. teſt. anſtellen, und dadurch das Teſtament für ſeine Perſon entkräften. *L. 10. §. 5. L. 20. pr. D. de bon. poſſ. c. Tab.* Kochs B. P. §. 8. S. 122. u. §. 29. S. 339.

12) *L. 2. D. h. t.* S. HAUBOLD cit. Diſſ. Cap. 2. pag. 7.

an sich nicht ungültige, aber doch ungerechte Art enterbt oder präterirt worden ist, ein *Testamentum inofficiosum* genennt wird.

Um nun aber noch genauer zu zeigen, wenn diese mancherley Rechtsmittel Statt hatten, und wie sie unter sich unterschieden waren, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

A) Sind Kinder ausgeschlossen, und es ist

I) vom Vater oder andern väterlichen Ascendenten männlichen Geschlechts geschehen, so kommt es darauf an, ob sie

1) zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden sind. Hat diese der Vater

a) nicht förmlich enterbt oder eingesetzt, so ist ein Unterschied zwischen solchen Kindern, welche

aa) zu der Zeit, als der Vater stirbt, noch in seiner Gewalt sind, (*Sui*). Die Uebergehung oder nicht förmlich geschehene Enterbung derselben, macht das ganze Testament null und nichtig [13]). Die Kinder können also entweder nach dem Civilrecht gegen das Testament die *querelam nullitatis* anstellen, oder sie können auch, wenn sie wollen, dagegen die *bonorum possessio contra tabulas* suchen [14]). Vor Justinian konnten zwar nur sui filii

13) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar.. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. II. cap. 2. per tot. Westphal von Testamenten §. 428. folgg.

14) Kochs B. P. §. 8. S. 179. a. E. und folg. Diese Bon. possessio ist zwar nur utilis, nachdem die Sui das Testament nach dem Civilrecht als nichtig anfechten können. §. 12. *I. de*

heredlt.

filii das Testament nach dem Civilrecht als nullum anfechten[15]). Die Uebergehung der übrigen Kinder, nämlich der Töchter und Enkel, machte das Testament nicht ungültig, sondern diese hatten nur ein ius accrescendi auf einen gewissen Theil der Erbschaft, welcher bald eine portio virilis war, bald in der Hälfte der Erbschaft bestand, je nachdem sie entweder mit suis heredibus oder mit extraneis concurrirten[16]). Allein Justinian hat diesen Unter-

 schied

heredit. quae ab int. def. L. 4. D. de lib. praet. L. 17. C. de collat. SARTORIUS in der Not. 1. angef. Dissertation Sect. I. §. 1. pag. 25. et §. 2. p. 29. seqq. Allein ursprünglich war sie auch bey den Suis eine necessaria. Denn es ist sehr wahrscheinlich die B. P. contra T. früher eingeführt worden, als durch die Auctorität der röm. Rechtsgelehrten der Satz geltend ward, daß der Vater die filios suos entweder einsetzen oder förmlich enterben müsse, wenn das Testament gelten soll, wovon man erst zu Cicero's Zeiten Spuren findet, wie aus lib. I. *de Orat.* cap. 38. erhellet. Man sehe *Ant.* SCHULTING ad *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 14. Not. 39. (in *Iurispr. Antejustin.* pag. 638.) u. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 1. pag. 19.

15) *L. 30. D. de liber. et postum. L. 1. D. de iniust. rupt. etc. testam.*

16) *Pr. I. de Exheredat. liberor.* CAJUS *Instit.* Lib. II. Tit. 3. §. 1. ULPIAN. Fragm. Tit. XXII. §. 16. et 17. Westphal a. a. O. §. 446 – 448. Dieser Unterschied unter den suis nach dem Unterschied des Geschlechts und Grades wurde durch die Interpretation der röm. Rechtsgelehrten und die Praxis der Centumviralgerichte eingeführt, wie SCHULTING ad *Ulpiani* Fragm. c. l. not. 44 pag. 639. bemerkt. Die nähern Gründe dieses Unterschiedes untersucht HOFACKER in Diss. sist. histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 4. Eine Folge jenes Unterschiedes war, daß Töchter und Enckel unter einer jeden Bedin-

schied aufgehoben, und verordnet, daß die Präterition bey den Töchtern und Enkeln, welche noch in der väterlichen Gewalt sind, eben die Wirkung, wie bey den Söhnen, haben sollte [17]). Nun fällt also jenes ius accrescendi bey präterirten Kindern ganz weg, und es gilt von allen *suis*, ohne Unterschied des Grades und Geschlechts, was ehemals blos von Söhnen galt, daß ihre Präterition das Testament des Vaters oder väterlichen Großvaters nach dem

gung eingesetzt werden konnten, ohne daß auf den entgegen gesetzten Fall eine Enterbung erforderlich war. *L. 1. §. 8. in fin. D. de suis et legitim. heredib. L. 6. §. 1. D. de heredib. instit.* Westphal §. 444. Merkwürdig ist es, daß die präterirte Tochter nach einer Constitution des Krs. Antoninus auch durch die bonorum possessio contra tabulas mehr nicht erhielt, als durch das ius accrescendi. Justinian sagt dies *L. 4. C. de lib. praet.* Ex Praetore autem habebat bonorum possessionem *in totum*. Constitutio autem magni *Antonini* eam in tantum coarctabat, *in quantum ius accrescendi competebat*. Sie mußte überdem legata auszahlen, und zufrieden seyn, wenn sie nur den vierten Theil ihrer Portion übrig behielt. S. Westphal §. 539. S. 411. folg. Alles dieses hat aber Justinian durch die *L. 4. Cod. cit.* wieder abgeändert, wie aus der folg. Note erhellet.

17) *L. 4. Cod. de lib. praeterit.* — Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance et mares et feminae vocantur: ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes procedere, et *contra tabulas bonorum possessionem* talem habere, qualem filius, vel suus, vel emancipatus, habent, ut et ipsa, si fuerit *praeterita*, ad instar filii emancipati vel sui, *vel testamentum ipso iure evertat*, vel *per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur*. Et haec non solum in *filiabus* obtinere, sed etiam in *nepotibus* et *neptibus* et deinceps obser-

dem Civilrecht null und nichtig macht [18]). Es bleibt auch, nach der Strenge des Civilrechts nichtig, wenn gleich das präterirte Kind vor dem Vater gestorben ist. [19]). Eben dieses gilt auch, wenn der präterirte Suus zwar den Testirer überlebt, aber von der väterlichen Erbschaft abstinirt.

Jedoch giebt der Prätor in diesem Falle dem in dem Testament eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas [20]), welches man analogisch auch auf jenen Fall anwendet, wenn der im Testament übergangene

observari censemus. S. Westphal von Testamenten §. 537 bis 541.

18) *Ge.* FEIN Diss. de herede suo sub conditione instituto. *Goett. 1777.* Sect. I. §. 8. et 9.

19) *Pr. I. de exheredat. liberor. L. 7. D. de liberis et postum.*

20) *L. 17. D. de iniusto rupto etc. testam.* Filio praeterito, qui fuit in potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. *Quodsi bonis se abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuebitur.* Der Prätor, nahm nämlich in seinem Successionssystem auf die Suität und Nicht-Suität des präterirten Kindes keine Rücksicht, sondern hielt das Testament, welches sonst die prätorische Form hatte, der Präterition ungeachtet, für gültig. Denn wäre das Testament auch nach dem prätorischen Rechte für null und nichtig zu halten, so hätte der Prätor dem eingesetzten Erben keine bonorum possessionem secundum tabulas ertheilen können. ULPIANUS *Fragm.* Tit. 23. §. 6. S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 11. VINNIUS in Comm. ad pr. I. de exheredat. lib. n. 6. VOET Comm. ad Dig. Lib. XXXVII. Tit. 4. §. 1. Koch Bon. poss. S. 373. f.

Sohn vor dem Testirer gestorben ist. [21]). Uebrigens ist bey den suis kein Unterschied zwischen leiblichen und adoptirten Kindern [22]); es mag von der bürgerlichen Nullitätsklage, oder der bonorum possessio contra tabulas die Rede seyn [23]). Ja wenn der Großvater einen Enkel an Sohnes Statt annimmt, so wird letzter mit seinem Vater, gleichsam als wenn er sein Bruder wäre, zur bonorum possessio c. T. gelassen [24]).

bb) Sind hingegen emancipirte Kinder vom Vater oder väterlichen männlichen Ascendenten übergangen worden, so ist das Testament nach dem ältern Civilrecht nicht null, weil sie keine sui heredes sind, wie Justinian [25]) sagt. Denn durch die Emancipation hatten sie das Agnations- und Familienrecht verlohren. [26]). Allein der Prätor rescindirte, wie Paulus [27]) sagt, die capitis demi-

21) *Iof.* FINESTRES in cit. Praelect. Cervar. P. II. cap. 2. §. 9. Koch Bon. poss. S. 262. und 438. MALBLANC Dig. Tom. III. §. 694. in fin. pag. 843.

22) §. 4. *I. de exheredat. lib.* ULP. *Fragm.* Tit. 22. §. 14.

23) *L. 1. pr. D. de bon. poss. c. T. L. 1. §. 6. D. Si tab. testam. nullae.* ULPIAN. *Fragm.* Tit. 28. §. 3. et 8.

24) *L. 3. §. 3. D. de bon. poss. c. T. L. 1. §. 9. D. de coniung. cum emancip. lib. eius.* de RETES de bonorum possess. contra Tab. Cap. III. §. 2. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. not. h. pag. 31.

25) §. 3. *I. de exheredat. liberor.* §. 11. *I. de heredit. quae ab int. defer.*

26) *L. 3. §. 1. D. de cap. minut.* FINESTRES cit. Praelect. P. II. Cap. 3. §. 4.

27) *L. 6. §. 1. D. de Bon. poss.*

deminutio der Billigkeit wegen, und setzte insofern das emancipirte Kind in die Qualität und Lage eines sui, daß solches nach der Verordnung des Prätors entweder eingesetzt oder enterbt werden mußte, jedoch mit dem Unterschiede, daß Descendenten männlichen Geschlechtes ohne Unterschied des Grades, sie seyen Söhne oder Enkel, namentlich enterbt werden mußten, weibliche Descendenten aber auch inter caeteros gültig enterbt werden konnten [28]). Solche Kinder hatten also, wenn sie vom Vater waren präterirt worden, als prätorische Notherben, blos die *bonorum possessio contra Tabulas*, die der Prätor zu ihrem Besten einführte. Jenen Unterschied des Geschlechts hat nun zwar Justinian in einer neuern Verordnung [29]) aufgehoben, nach welcher die Töchter so gut wie Söhne, entweder zu Erben ernannt, oder namentlich enterbt werden müssen, und den erstern, im Falle einer geschehenen Präterition, die bonorum possessio contra Tabulas auf gleiche Weise und mit eben der Wirkung, wie den emancipirten Söhnen, zustehen soll [30]).

Aber

28) §. 3. *I. de exhered. lib.* Emancipatos liberos *iure civili* neque heredes instituere neque exheredare necesse est, *quia non sunt sui heredes.* Sed *Praetor* omnes tam foeminini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari iubet: virilis sexus *nominatim*, foeminini vero *inter caeteros*; quia si neque heredes instituti fuerint, neque ità, ut diximus, exheredati, permittit eis Praetor *contra tabulas* testamenti *bonorum possessionem.* Man vergl. auch ULP. *Fragm.* Tit. 22. §. 23. und FINESTRES Praelect. Cervar. c. 1. §. 6. Westphal §. 531. und 532.

29) *L. 4. C. de lib. præt.*

30) Es ist wohl nicht zu bezweifeln, das die oben in der Note 15. erwähnte Constitution des Kais. Antoninus auch auf emancipirte

Aber keinesweges hat Justinian hierdurch schon jetzt die emancipirten Kinder den suis dergestalt gleichgemacht, daß sie nun auch das Testament nach dem Civilrecht als nichtig hätten anfechten können [31]). Der Grund ist ganz natürlich der, weil die emancipirten Kinder noch kein Civilintestaterbrecht hatten, welches ihnen Justinian erst späterhin durch die Nov. 118. ertheilt hat [32]). Die B. P. contra tabulas hörte also durch die *L.* 4. *C. de lib. praet.* so wenig auf in Ansehung der emancipirten Kinder, wenn sie der Vater präterirt hatte, eine necessaria zu seyn [33]), daß sie vielmehr vom Justinian

cipirte Töchter gieng, und daß auch diese durch die B. P. c. T. mehr nicht erlangen konnten, als nach jener Constitution die filiae suae erhielten. Es läßt sich dieses auch aus THEOPHILI *Paraphr. gr.* ad §. 3. I. de exheredat. lib. nicht undeutlich schließen. S. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. not. y. p. 69.

31) Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung, als VULTEIUS in Comm. ad §. 3. I. de exhered. liberor. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Ex. XXXVIII. §. 54. Allein offenbar geht die Absicht des Kaisers in der *L.* 4. *C. de lib. praet.* aus welcher der §. 5. *I. de exh. lib.* zu erklären ist, dahin, daß die Sui und Suae unter sich, eben so, wie die emancipati und emancipatae einander gleich seyn sollen. Jene sollen ohne Unterschied des Geschlechts das Testament als nichtig anfechten können, den letztern soll die prätorische B. P. c. T. ohne Unterschied des Geschlechts einerley Rechte geben. S. FINESTRES Praelect. Cervar. P. II. cap. 3. §. 8. VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. de exheredat. lib. HOFACKER Diss. de exheredat. et praeterit. §. 24. Westphal von Testamenten §. 538. und SARTORIUS Diss. cit. de B. poss. Sect. II. §. 2.

32) Koch Bonor. poss. §. 8. S. 175.

33) Es beweiset dieses noch insonderheit §. 4. *I. de bonor. poss.* Sed eas quidem (sc. Bon. possessiones) praetoria introduxit iu-

ris-

nian hierdurch erweitert, und auch solchen Kindern gegeben wurde, welche vorher der Prätor dazu nicht gerufen hatte [34]). Jedoch gilt dieses nur von emancipirten oder auch sonst sui iuris gewordenen leiblichen Kindern [35]), nicht von Adoptivkindern. Letzteren kommt die B. P. c. T. nicht zu, weil sie durch die Emancipation die Familien- und Kindesrechte wieder verlieren, die sie durch die Adoption erlangt hatten [36]). Jedoch ist dieses nur von der B. P. gegen das Testament ihres gewesenen Adoptivvaters zu verstehen, denn gegen das Testament des leiblichen Vaters kommt dem emancipirten Adoptivkinde so gut die B. P. zu, als wenn es von seinem Vater selbst emancipirt worden wäre [37]).

b) Sind

risdictio. A nobis tamen nihil incurioſum intermiſſum eſt, ſed *noſtris conſtitutionibus* omnia corrigentes, *contra tabulas* quidem et ſecundum tabulas *bonorum poſſeſſiones* admiſimus, utpote *neceſſarias conſtitutas.*

34) Denn die Töchter und Enkelinnen, welche der Vater oder väterliche Großvater inter ceteros enterbt hatte, waren vor Justinian von der B. P. c. T. ausgeschlossen, weil sie rite enterbt waren, allein nun können sie nach der *L. 4. C. de lib. pr.* die B. P. c. T. suchen, weil sie so gut, wie Söhne, namentlich enterbt werden müssen. S. SARTORIUS Sect. II. §. 3. Kochs Bon. poss. §. 8. S. 128.

35) *L. 1. §. 6. D. de B. P. contra tab. L. 1. §. 6. D. Si tab. testam. nullae extab. L. 4. D. eod.*

36) *§. 4. I. de exher. lib. §. 12. I. de hereditat. quae ab int. defer.*

37) *§. 4. I. cit. L. 1. §. 6. L. 4. D. Si tab. testam. nullae. L. 6. §. 4. D. de bon. poss. contr. tab.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 28. seq.

b) Sind die Kinder förmlich aber ohne gerechten Grund enterbt, so haben sie die querela inofficiosi testamenti. Diese fiel jedoch nach dem älteren Rechte alsdann weg, wenn dem enterbten Kinde soviel durch Vermächtniß oder Schenkung war hinterlassen worden, als der Pflichttheil desselben betrug [38]). Ohne Enterbung würde aber das Testament, des Vermächtnisses ungeachtet, nichtig gewesen seyn [39]).

2) Sind Kinder erst nach der Errichtung des Testaments gebohren worden, oder sind sie durch Adoption oder durch eine vollkommene Legitimation, oder durch Eintreten in die Stelle eines sui heredis mit dem Testirer in eine solche Verbindung gekommen, vermöge welcher sie hätten nothwendig eingesetzt oder rite enterbt werden müssen, welche man im allgemeinen Sinn *Postumi* [40]) nennt, obgleich im eigentlichem Verstande mit diesem Namen diejenigen Descendenten bezeichnet werden, welche erst nach des Testirers Tode gebohren worden sind [41]); so kommt es darauf an, ob sie präterirt, oder förmlich exheredirt sind.

a) Sind

38) *L. 8. §. 6. et 8. D. h. t.*

39) Westphal von Testamenten §. 433. folg.

40) *Ios.* FINESTRES Diatr. de postumis et qui postumorum loco sunt, heredib. instit. vel exhered. in *Praelect. Cervar.* pag. 165. *Car. God.* WINCKLER Diss. de lege Junia Velleja. *Lipsiae 1745.* §. 5. TILLING Specim. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. *Lipsiae 1790.*

41) ULP. *L. 3. §. 1. D. de iniusto rupto et irr. test.* sagt: POSTUMOS autem dicimus eos duntaxat, qui *post mortem parentis* nascuntur. Sed et hi, qui *post testamentum factum* in vita nascuntur, ita demum per *legem Vellejam* rumpere testamentum

pro

a) Sind sie im Testament übergangen, so sind die postumi entweder

aa) solche, welche, wenn sie zur Zeit des errichteten Testaments schon da gewesen wären, oder wenigstens beym Leben des Testirers wären gebohren worden, in der väterlichen Gewalt des Testirers gewesen seyn würden. (*Postumi sui*) [42]) Diese rumpiren das Testament nach dem Civilrecht [43]), und zwar ohne Unterschied des Geschlechts [44]).

Sie

prohibentur, si nominatim sint exheredati. Diejenigen, welche noch beym Leben des Testirers, jedoch erst nach der Errichtung seines Testaments, durch rechtmäßige Geburt, durch Adoption oder auf eine andere rechtliche Art mit demselben in eine solche Verbindung kommen, daß sie bey dessen Tode sui heredes von ihm sind, werden *Quasi postumi* genennt. *L. 13. D. de lib. et postum.* sagt: *Postumorum loco* sunt et hi, qui in sui heredis loco succedendo *quasi agnascendo* fiunt parentibus sui heredes. Von den verschiedenen Arten der Postumorum, den *Vellejanis*, *Aquillianis*, *Cornelianis* und *Julianis*, handeln FINESTRES cit. Diatr. Cap. I. §. 14. sqq. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praet. Cap. 10—15. Westphal von Testamenten S. 330. ff.

42) ULP. *Fragm.* Tit. XXII. §. 15. POSTUMI quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, *ut nati in potestate nostra futuri sint*, SUORUM HEREDUM *numero* sunt. Eben so Justinian §. 2. *I. de hered. quae ab int.* POSTUMI quoque, qui, *si vivo patre nati fuissent, in potestate eius futuri forent*, SUI HEREDES sunt.

43) *L. 3. §. 6. D. de iniusto rupt. et irr. testam, L. 3. C. de postum. hered.* Schon zu Cicero's Zeiten rumpirten die Postumi das väterliche Testament, in welchem sie waren präterirt worden, durch ihre Agnation, wie aus den Stellen *de Orat.* lib. I. c. 57. und Orat. pro *Caecinna* c. 25. erhellet. Der Grund war, weil man glaubte, der Testirer habe nicht an sie

gedacht.

Sie können aber auch die B. P. contra tabulas suchen [45]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß sie zur Zeit des Todes des Testirers schon müssen concipirt gewesen seyn. Paulus sagt [46]): Postumus| natus quocunque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus iam erit*, potest agnoscere possessionem. Eben so Ulpian [47]): Dicendum erit, suos posse succedere,

gedacht. S. SARTORIUS cit. Diss. de bon. poss. quam c. T. parentum liberi agnoscunt. Sect. I. §. 1. not. r. pag. 17.

44) §. 1. *I. de exhered. lib.* Postumi quoque liberi vel heredes instituí debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex caeteris liberis, *sive foeminini sexus sive masculini*, praeterito, valet quidem testamentum, sed postea *agnatione postumi* sive *postumae* rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. S. TILLING cit. Specim. pag. 27. Es waren also die postumi mehr begünstiget, als schon gebohrne Kinder, wie auch Cajus *Inst.* Lib. II. Tit. 3. §. 2. bemerkt, wo er sagt: *Postumorum* duo genera sunt, quia *postumi* appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit in ipso testamento comprehenderit: *Quicunque filius, aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit*; aut certe dicat, *exheres sit*: valere eius non potest testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habeantur. *Nisi quod melior conditio postumae, quam natae: quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, postuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit.* S. Westphal von Testamenten §. 46.

45) *L. 1. §. 2. et 5. D. de bonor. poss. contra tab. L. 2. Cod. eod.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 31.

46) *L. 10. D. de ventre in possess. mitt.*

47) *L. 1. §. 8. D. de suis et legit. hered.*

cedere, *si modo mortis testatoris tempore*, vel in rebus humanis, vel *saltem concepti fuerint*. Dieses ist nun aus der Zeit der Geburt zu beurtheilen. Da nun nach 10 Monaten Niemand mehr als Kind zur Erbschaft gelassen wird; so wird auch ein solcher postumus nicht zur Bon. possessio admittirt [48]). Bey Enkeln ist es vorzüglich nöthig, daß deren Conception bey Lebzeiten des Großvaters geschehen sey. Qui post mortem avi sui concipitur, sagt Julian [49]), is neque legitimam hereditatem eius *tanquam suus heres*, neque bonorum possessionem tanquam *cognatus* accipere potest.

2) Es muß dem Postumus zur Zeit des Todes des Testirers kein näherer Descendent des Erblassers vorgehen. Sollen daher Enkel, die nach des Großvaters Tode gebohren worden, das Testament desselben im Falle der Präterition rumpiren, so muß deren Vater schon vor dem Großvater verstorben seyn, damit der Enkel des Testirers unmittelbarer Erbe wird. Denn hat derselbe den Testirer überlebt, so ist keine Ruption mehr denkbar, weil ein solcher Enkel nicht brauchte von dem Großvater enterbt zu werden, dem sein Vater vorgieng.

Zwar wird der Enkel den Großvater ab intestato beerben, wenn desselben Vater während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, wenn dieser nachher die Erbschaft ausschlägt, allein nicht als postumus vermöge einer Ruption des Testaments, sondern weil ihm nun, nachdem das Testament destituirt ist, die Erbschaft des Großvaters als

48) *L. 3. §. 11. D. de suis et legit. heredib.*

49) *L. 6. D. eodem.*

Sie können aber auch die B. P. contra tabulas suchen [45]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß sie zur Zeit des Todes des Testirers schon müssen concipirt gewesen seyn. Paulus sagt [46]): Postumus| natus quocunque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus iam erit*, potest agnoscere possessionem. Eben so Ulpian [47]): Dicendum erit, suos posse succedere,

gedacht. S. SARTORIUS cit. Diss. de bon. poss. quam c. T. parentum liberi agnoscunt. Sect. I. §. 1. not. r. pag. 17.

44) §. 1. *I. de exhered. lib.* Postumi quoque liberi vel heredes instituí debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex caeteris liberis, *sive foeminini sexus sive masculini*, praeterito, valet quidem testamentum, sed postea *agnatione postumi* sive *postumae* rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. S. TILLING cit. Specim. pag. 27. Es waren also die postumi mehr begünstiget, als schon gebohrne Kinder, wie auch Cajus *Inst.* Lib. II. Tit. 3. §. 2. bemerkt, wo er sagt: *Postumorum* duo genera sunt, quia *postumi* appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit in ipso testamento comprehenderit: *Quicunque filius, aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit*; aut certe dicat, *exheres sit*: valere eius non potest testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habeantur. *Nisi quod melior conditio postumae, quam natae: quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, postuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit.* S. Westphal von Testamenten §. 46.

45) *L. 1. §. 2. et 5. D. de bonor. poss. contra tab. L. 2. Cod. eod.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 31.

46) *L. 10. D. de ventre in possess. mitt.*

47) *L. 1. §. 8. D. de suis et legit. hered.*

cedere, *si modo mortis testatoris tempore*, vel in rebus humanis, vel *saltem concepti fuerint*. Dieses ist nun aus der Zeit der Geburt zu beurtheilen. Da nun nach 10 Monaten Niemand mehr als Kind zur Erbschaft gelassen wird; so wird auch ein solcher postumus nicht zur Bon. possessio admittirt [48]). Bey Enkeln ist es vorzüglich nöthig, daß deren Conception bey Lebzeiten des Großvaters geschehen sey. Qui post mortem avi sui concipitur, sagt Julian [49]), is neque legitimam hereditatem eius *tanquam suus heres*, neque bonorum possessionem tanquam *cognatus* accipere potest.

2) Es muß dem Postumus zur Zeit des Todes des Testirers kein näherer Descendent des Erblassers vorgehen. Sollen daher Enkel, die nach des Großvaters Tode gebohren worden, das Testament desselben im Falle der Präterition rumpiren, so muß deren Vater schon vor dem Großvater verstorben seyn, damit der Enkel des Testirers unmittelbarer Erbe wird. Denn hat derselbe den Testirer überlebt, so ist keine Ruption mehr denkbar, weil ein solcher Enkel nicht brauchte von dem Großvater enterbt zu werden, dem sein Vater vorgieng.

Zwar wird der Enkel den Großvater ab intestato beerben, wenn desselben Vater während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, wenn dieser nachher die Erbschaft ausschlägt, allein nicht als postumus vermöge einer Ruption des Testaments, sondern weil ihm nun, nachdem das Testament destituirt ist, die Erbschaft des Großvaters

als

48) *L. 3. §. 11. D. de suis et legit. heredib.*

49) *L. 6. D. eodem.*

Sie können aber auch die B. P. contra tabulas ſuchen [45]). Es wird jedoch vorausgeſetzt,

1) daß ſie zur Zeit des Todes des Teſtirers ſchon müſſen concipirt geweſen ſeyn. Paulus ſagt [46]): Poſtumus| natus quocunque tempore, *qui tamen teſtatoris morte conceptus iam erit*, poteſt agnoſcere poſſeſſionem. Eben ſo Ulpian [47]): Dicendum erit, ſuos poſſe ſuccedere,

gedacht. S. SARTORIUS cit. Diſſ. de bon. poſſ. quam c. T. parentum liberi agnoſcunt. Sect. I. §. 1. not. r. pag. 17.

44) §. 1. *I. de exhered. lib.* Poſtumi quoque liberi vel heredes inſtitui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio eſt, quod et filio poſtumo et quolibet ex caeteris liberis, *ſive foeminini ſexus ſive maſculini*, praeterito, valet quidem teſtamentum, ſed poſtea *agnatione poſtumi* ſive *poſtumae* rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. S. TILLING cit. Specim. pag. 27. Es waren alſo die poſtumi mehr begünſtiget, als ſchon gebohrne Kinder, wie auch Cajus *Inſt.* Lib. II. Tit. 3. §. 2. bemerkt, wo er ſagt: *Poſtumorum* duo genera ſunt, quia *poſtumi* appellantur hi, qui poſt patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui poſt teſtamentum factum naſcuntur. Et ideo, niſi is, qui teſtamentum facit in ipſo teſtamento comprehenderit: *Quicunque filius, aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi ſit*; aut certe dicat, *exheres ſit*: valere eius non poteſt teſtamentum: quia, ſicut ſuperius iam dictum eſt, legitime concepti pro natis habeantur. *Niſi quod melior conditio poſtumae, quam natae: quia nata, ſi praetermiſſa fuerit, non rumpit teſtamentum, poſtuma vero, ſicut maſculus, teſtamentum rumpit.* S. Weſtphal von Teſtamenten §. 46.

45) *L. 1. §. 2. et 5. D. de bonor. poſſ. contra tab. L. 2. Cod. eod.* SARTORIUS cit. Diſſ. Sect. I. §. 2. pag. 31.

46) *L. 10. D. de ventre in poſſeſſ. mitt.*

47) *L. 1. §. 8. D. de ſuis et legit. hered.*

cedere, *si modo mortis testatoris tempore*, vel in rebus humanis, vel *saltem concepti fuerint*. Dieses ist nun aus der Zeit der Geburt zu beurtheilen. Da nun nach 10 Monaten Niemand mehr als Kind zur Erbschaft gelassen wird; so wird auch ein solcher postumus nicht zur Bon. possessio admittirt [48]). Bey Enkeln ist es vorzüglich nöthig, daß deren Conception bey Lebzeiten des Großvaters geschehen sey. Qui post mortem avi sui concipitur, sagt Julian [49]), is neque legitimam hereditatem eius *tanquam suus heres*, neque bonorum possessionem tanquam *cognatus* accipere potest.

2) Es muß dem Postumus zur Zeit des Todes des Testirers kein näherer Descendent des Erblassers vorgehen. Sollen daher Enkel, die nach des Großvaters Tode gebohren worden, das Testament desselben im Falle der Präterition rumpiren, so muß deren Vater schon vor dem Großvater verstorben seyn, damit der Enkel des Testirers unmittelbarer Erbe wird. Denn hat derselbe den Testirer überlebt, so ist keine Ruption mehr denkbar, weil ein solcher Enkel nicht brauchte von dem Großvater enterbt zu werden, dem sein Vater vorgieng.

Zwar wird der Enkel den Großvater ab intestato beerben, wenn desselben Vater während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, wenn dieser nachher die Erbschaft ausschlägt, allein nicht als postumus vermöge einer Ruption des Testaments, sondern weil ihm nun, nachdem das Testament destituirt ist, die Erbschaft des Großvaters

als

48) *L. 3. §. 11. D. de suis et legit. heredib.*

49) *L. 6. D. eodem.*

Sie können aber auch die B. P. contra tabulas suchen [45]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß sie zur Zeit des Todes des Testirers schon müssen concipirt gewesen seyn. Paulus sagt [46]): Postumus| natus quocunque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus iam erit*, potest agnoscere possessionem. Eben so Ulpian [47]): Dicendum erit, suos posse succedere,

gedacht. S. SARTORIUS cit. Diss. de bon. poss. quam c. T. parentum liberi agnoscunt. Sect. I. §. 1. not. r. pag. 17.

44) §. 1. *I. de exhered. lib.* Postumi quoque liberi vel heredes instituí debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex caeteris liberis, *sive foeminini sexus sive masculini*, praeterito, valet quidem testamentum, sed postea *agnatione postumi* sive *postumae* rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. S. TILLING cit. Specim. pag. 27. Es waren also die postumi mehr begünstiget, als schon gebohrne Kinder, wie auch Cajus *Inst.* Lib. II. Tit. 3. §. 2. bemerkt, wo er sagt: *Postumorum* duo genera sunt, quia *postumi* appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit in ipso testamento comprehenderit: *Quicunque filius, aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit*; aut certe dicat, *exheres sit*: valere eius non potest testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habeantur. *Nisi quod melior conditio postumae, quam natae: quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, postuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit.* S. Westphal von Testamenten §. 46.

45) *L. 1. §. 2. et 5. D. de bonor. poss. contra tab. L. 2. Cod. eod.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 31.

46) *L. 10. D. de ventre in possess. mitt.*

47) *L. 1. §. 8. D. de suis et legit. hered.*

cedere, *si modo mortis testatoris tempore*, vel in rebus humanis, vel *saltem concepti fuerint*. Dieses ist nun aus der Zeit der Geburt zu beurtheilen. Da nun nach 10 Monaten Niemand mehr als Kind zur Erbschaft gelassen wird; so wird auch ein solcher postumus nicht zur Bon. possessio admittirt [48]). Bey Enkeln ist es vorzüglich nöthig, daß deren Conception bey Lebzeiten des Großvaters geschehen sey. Qui post mortem avi sui concipitur, sagt Julian [49]), is neque legitimam hereditatem eius *tanquam suus heres*, neque bonorum possessionem tanquam *cognatus* accipere potest.

2) Es muß dem Postumus zur Zeit des Todes des Testirers kein näherer Descendent des Erblassers vorgehen. Sollen daher Enkel, die nach des Großvaters Tode gebohren worden, das Testament desselben im Falle der Präterition rumpiren, so muß deren Vater schon vor dem Großvater verstorben seyn, damit der Enkel des Testirers unmittelbarer Erbe wird. Denn hat derselbe den Testirer überlebt, so ist keine Ruption mehr denkbar, weil ein solcher Enkel nicht brauchte von dem Großvater enterbt zu werden, dem sein Vater vorgieng.

Zwar wird der Enkel den Großvater ab intestato beerben, wenn desselben Vater während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, wenn dieser nachher die Erbschaft ausschlägt, allein nicht als postumus vermöge einer Ruption des Testaments, sondern weil ihm nun, nachdem das Testament destituirt ist, die Erbschaft des Großvaters als

48) *L. 3. §. 11. D. de suis et legit. heredib.*

49) *L. 6. D. eodem.*

Sie können aber auch die B. P. contra tabulas suchen [45]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß sie zur Zeit des Todes des Testirers schon müssen concipirt gewesen seyn. Paulus sagt [46]): Postumus| natus quocunque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus iam erit*, potest agnoscere possessionem. Eben so Ulpian [47]): Dicendum erit, suos posse succedere,

gedacht. S. SARTORIUS cit. Diss. de bon. poss. quam c. T. parentum liberi agnoscunt. Sect. I. §. 1. not. r. pag. 17.

44) §. 1. *I. de exhered. lib.* Postumi quoque liberi vel heredes instituí debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex caeteris liberis, *sive foeminini sexus sive masculini*, praeterito, valet quidem testamentum, sed postea *agnatione postumi* sive *postumae* rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. S. TILLING cit. Specim. pag. 27. Es waren also die postumi mehr begünstiget, als schon gebohrne Kinder, wie auch Cajus *Inst.* Lib. II. Tit. 3. §. 2. bemerkt, wo er sagt: *Postumorum* duo genera sunt, quia *postumi* appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit in ipso testamento comprehenderit: *Quicunque filius, aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit*; aut certe dicat, *exheres sit*: valere eius non potest testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habeantur. *Nisi quod melior conditio postumae, quam natae: quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, postuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit.* S. Westphal von Testamenten §. 46.

45) *L. 1. §. 2. et 5. D. de bonor. poss. contra tab. L. 2. Cod. eod.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 31.

46) *L. 10. D. de ventre in possess. mitt.*

47) *L. 1. §. 8. D. de suis et legit. hered.*

cedere, *si modo mortis testatoris tempore*, vel in rebus humanis, vel *saltem concepti fuerint*. Dieses ist nun aus der Zeit der Geburt zu beurtheilen. Da nun nach 10 Monaten Niemand mehr als Kind zur Erbschaft gelassen wird; so wird auch ein solcher postumus nicht zur Bon. possessio admittirt [48]). Bey Enkeln ist es vorzüglich nöthig, daß deren Conception bey Lebzeiten des Großvaters geschehen sey. Qui post mortem avi sui concipitur, sagt Julian [49]), is neque legitimam hereditatem eius *tanquam suus heres*, neque bonorum possessionem tanquam *cognatus* accipere potest.

2) Es muß dem Postumus zur Zeit des Todes des Testirers kein näherer Descendent des Erblassers vorgehen. Sollen daher Enkel, die nach des Großvaters Tode gebohren worden, das Testament desselben im Falle der Präterition rumpiren, so muß deren Vater schon vor dem Großvater verstorben seyn, damit der Enkel des Testirers unmittelbarer Erbe wird. Denn hat derselbe den Testirer überlebt, so ist keine Ruption mehr denkbar, weil ein solcher Enkel nicht brauchte von dem Großvater enterbt zu werden, dem sein Vater vorgieng.

Zwar wird der Enkel den Großvater ab intestato beerben, wenn desselben Vater während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, wenn dieser nachher die Erbschaft ausschlägt, allein nicht als postumus vermöge einer Ruption des Testaments, sondern weil ihm nun, nachdem das Testament destituirt ist, die Erbschaft des Großvaters als

48) *L. 3. §. 11. D. de suis et legit. heredib.*

49) *L. 6. D. eodem.*

als nächstem Erben deferirt wird; wie Ulpian [50]) lehrt, wenn er sagt: Si quis, filio exheredato, nuru praegnante relicta, decesserit, et extraneum sub conditione instituerit; et pendente conditione post mortem patris vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate, exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus: an rumpat testamentum? et dicemus testamentum non rumpi: cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. Plane si forte instituus omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato, non dubitatur. Utrumque propriis rationibus, nam *adgnascendo* quidem is rumpit, *quem nemo praecedebat* mortis tempore: ab intestato vero is succedit, cui, non ante eum alii, delata est hereditas. Non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante instituto decesserit. [51]).

3) Es muß der präterirte postumus als ein lebensfähiges Kind zur Welt kommen. Denn da das Testament, worin ein postumus übergangen worden, nicht gleich von Anfang an ungültig ist, sondern erst durch desselben Agnation rumpirt wird, so bleibt das Testament bey Kräften, wenn der gehofte postumus entweder gar nicht, oder nicht als ein lebensfähiges Kind zur Welt kommt [52]).

Uebri-

50) *L. 6. pr. D. de iniusto rupto test.*

51) S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. S. 277.

52) §. 1. *I. de exheredat. liberor.* Westphal von Testamenten §. 464.

Uebrigens verdient noch der Unterschied bemerkt zu werden, welcher Statt findet, je nachdem der postumus entweder noch bey Lebzeiten des Testirers oder erst nach dem Tode desselben gebohren worden ist. Denn wenn in dem leztern Falle der postumus auch gleich wieder stirbt, so wird doch das einmal ungültig gewordene Testament weder nach dem Civilrecht noch nach dem prätorischen wieder gültig [53]); dahingegen in dem ersten Falle, wenn der postumus vor dem Testirer stirbt, der in dem Testament eingesetzte Erbe, die Bon. possessio secundum tabulas erhalten kann [54]).

bb) Sind hingegen die postumi solche, welche, wenn sie auch zur Zeit des Testaments schon dagewesen wären, doch keine sui heredes vom Testirer gewesen seyn würden, (*postumi alieni*) z. B. Enkel, die von einem schon vor dem Großvater verstorbenen emancipirten Sohne, und zwar erst nach der Emancipation gezeugt worden sind [55]), so ist bey diesen eben das Rechtens, was von den schon gebohrnen emancipirten Kindern gilt, wenn sie übergangen worden sind. Sie können nämlich die *bonorum possessio contra ta-*

 bulas

53) *L. 2. Cod. de postum. hered. instit.*

54) *L. 12. D. de iniusto rupto test. L. 8. §. 3. D. de iure codicillor.* S. MALBLANC Dig. Tom. III. §. 695. pag. 846.

55) §. 26. *I. de legat.* Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heres testatori futurus non est, ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo. S. *Ios.* FINESTRES cit. Diatr. Cap. I. §. 12. *Io.* ALTAMIRANUS ad lib. VI. Quaest. Scaevolae Tract. VI. ad L. 29. D. de lib. et postum. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. p. 452.) und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tract. 16. Qu. 2. seq].

bulas ſuchen [56]), welche der Prätor auch ſchon vor ihrer Geburt dem ventri giebt [57]). Wenn endlich

b) Poſtumi von dem Teſtirer förmlich enterbt worden ſind, ſo können ſie blos, wie ſchon gebohrne Kinder, in ſolchem Falle das Teſtament durch die querelam inoff. teſtamenti anfechten, inſofern die Enterbung auf eine ungerechte Art geſchehen iſt [58]). In Abſicht auf die Form der Enterbung fand auch hier vor Juſtinian ein Unterſchied zwiſchen poſtumis männlichen und weiblichen Geſchlechts ſtatt, indem nur erſtere namentlich, letztere aber auch inter caeteros enterbt werden konnten; nur mußte bey der Enterbung inter caeteros der enterbten poſtumae ein Vermächtniß hinterlaſſen werden, weil ſie ſonſt für präterirt gehalten, und das Teſtament durch deren Agnation rumpirt wurde [59]). Allein Juſtinian hat auch dieſen Unterſchied aufgehoben, und verordnet, daß die Enterbung bey den poſtumis weiblichen Geſchlechts eben ſo wie bey den männlichen poſtumis namentlich geſchehen ſollte, ſo wie er ſolches auch bey ſchon gebohrnen Kindern verordnet hatte [60]).

Aus

56) *L. 1. §. 2. L. 3. pr. D. de bon. poſſ. contr. tab.*

57) *L. 1. §. 11. L. 7. pr. L. 10. D. de ventre in poſſ. mitt.*

58) *§. 2. I. de inoff. teſt. L. 6. pr. D. eodem.*

59) *§. 1. I. de exheredat. lib.* Sed *feminini* quidem *ſexus* perſonae vel nominatim vel inter ceteros exheredari ſolebant: dum tamen, ſi *inter ceteros* exheredarentur, aliquid eis *legaretur*, ne viderentur praeteritae eſſe per oblivionem. *Maſculos* vero *poſtumos*, id eſt filios et deinceps placuit non aliter recte exheredari, niſi nominatim exheredarentur.

60) *L. 4. in fin. Cod. de lib. praeterit.* Sed quia et aliud vitium fuerat ſub obtentu differentiae introductum, et alia iura exhereda-

Aus allem diesen ergiebt sich nun also soviel, daß die Ausschließung der Descendenten in dem Testament eines väterlichen Ascendenten eine vierfache Wirkung nach dem Unterschied der angegebenen Fälle haben könne, indem das Testament entweder als gleich von Anfang nichtig, oder als *ruptum*, oder als *inofficiosum*, oder mit der *bonorum possessione contra tabulas* angefochten werden kann. Es erhellet ferner hieraus, daß die Präterition der Descendenten in dem Testament eines väterlichen Ascendenten nicht die Wirkung der Exheredation hat, sondern daß hier die Enterbung namentlich und förmlich geschehen müsse, wenn das Testament zu Recht bestehen soll [61]). Der Unterschied der angegebenen Rechtsmittel besteht nun darin.

redationis in postumis, alia in iam natis observabantur: cum necesse fuerat, postumum inter ceteros exheredatum etiam legato honorari, filium autem iam progenitum etiam sine datione legati: et hoc brevissimo incremento verborum ad pleniſſimam definitionem deduximus, sancientes, *eadem iura obtinere et in postumis exheredandis, sive masculini sive feminini sexus sint,* quae in *filiis* et *filiabus* iam statuimus, *ut etiam ipsi vel ipsae nominatim exheredentur, id est, postumi* vel *postumae facta mentione.*

61) Nur eine Ausnahme findet in dem Falle Statt, wenn ein Soldat zur Zeit der Expedition ein Testament macht, und seine Kinder wissentlich übergeht; hier gilt die Präterition als eine Enterbung. §. 6. *I. de exheredat. lib.* Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos iam natos, vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans, an habeat liberos: *silentium eius pro exheredatione nominatim facta valere*, constitutionibus Principum cautum est.

1) Die *Querela nullitatis* wirft das ganze Teſtament um. Es fallen daher auch die Vermächtniſſe weg [62]). Dieſe Klage geht ohne Präparation auf die Erben über, und dauert 30 Jahr [63]).

2) Wird das Teſtament rumpirt, ſo geht es ebenfalls mit allen ſeinen Verordnungen zu Grunde [64]).

3) Wird das Teſtament mit der *Querela inofficioſi T.* angefochten, ſo gründete ſich der Kläger

a) auf die Fiction, als ob der Erblaſſer nicht recht bey Verſtande geweſen ſey [65]).

b) Die Kinder können durch dieſe Klage nur den Theil der Erbſchaft fordern, den ſie bekommen hätten, wenn der Vater ohne Teſtament verſtorben wäre, es mag entweder das eine Kind eingeſetzt und das andere enterbt, oder ſie mögen alle enterbt, und ein Fremder inſtituirt ſeyn, inſofern nicht etwa in dem letztern Falle das mitenterbte Kind ſich ſeines Klagerechts begeben, oder ſolches durch die Verjährung verlohren, oder den Proceß liegen gelaſſen haben ſollte. Denn nun accreſcirt deſſelben Portion den Kindern, welche geklagt, und den Proceß gewonnen haben [66]).

Daher

62) *L. 7. L. 30. D. de lib. et poſtum. L. 17. D. de iniuſto rupto et irr. teſtam.*

63) *L. 3. C. de praeſcr. 30. vel 40 annor.*

64) *L. 16. D. de lib. et poſtum. L. 1. C. de poſtum. hered. inſtit.*

65) *L. 2. D. h. t.* Hoc colore de inofficioſo teſtamento agitur, *quaſi non ſanae mentis fuerunt*, ut teſtamentum ordinarent.

66) *L. 8. §. 8. D. h. t.* Sumus duo filii exheredati, et ſi dicam inofficioſum, non totam hereditatem debeo, ſed dimidiam petere. *L. 17. pr. D. eodem.* Qui repudiantis animo non venit

ad

Daher wird durch die Querel das Testament oft nur zum Theil rescindirt. Der Sohn konnte auch gegen den einen Testamentserben gewinnen, gegen den andern den Proceß verlieren. Hier darf er nur zu seinem Antheile die Schulden des Erblassers bezahlen [67]). Auf jeden Fall bleibt auch die Pupillar-Substitution gültig, wenn das Testament nur zum Theil rescindirt wird [68]). Wenn aber der Enterbte der einzige Intestaterbe war, so wurde das Testament nach dem ältern Rechte ganz umgeworfen, un-

ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inoff. testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia, rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. *L. 23. §. 2. D. h. t.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inoff. testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, *pars eius alteri adcrescit.* Man vergleiche über diese Stellen vorzüglich *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatarum Auctoritate lib. II. cap. 14. §. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1226.) und *Car. Frid.* ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. cap. 6. not. i. pag. 154.

67) *L. 15. §. 2. D. h. t.* Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est: et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri *pro parte* potest. Die Ursachen von dieser Verschiedenheit der Erkenntnisse in der nämlichen Streitsache untersucht sehr gelehrt Herr Direct. ZEPERNICK ad *Siccamam* lib. II. cap. 7. not. f. p. 162.

68) *L. 8. §. 5. D. h. t.* Si pro parte patris testamentum rescissum est, — pupillare valet.

nun galt nichts mehr, was in dem Testament auch ausser der Erbeneinsetzung angeordnet war [69]), selbst wenn die Codicillar-Clausel hinzugefügt seyn sollte [70]). Nur dann blieben alle Vermächtnisse stehen, wenn gegen den Beklagten in contumaciam erkannt worden [71]). So wurde also der Erblasser durch die gegen sein Testament angestellte Querel intestatus, bald ganz, bald nur pro parte. Nec absurdum videtur, sagt hier **Papinian** [72]), *pro parte intestatum videri.*

c) War keine Enterbungsursach angeführt, so mußte das enterbte Kind seine gute Aufführung gegen den Testirer beweisen, wenn nicht der Erbe durch Gegenbeweis dem Kläger die Mühe ersparen wollte [73]).

d) Die

69) *L. 28. D. h. t.* Cum *inofficiosum* testamentum arguitur, *nihil ex eo testamento valet.*

70) *L. 13. D. eodem.* — *L. 36. D. de legatis in III.* Nec fideicommissa *ab intestato* data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitissет: quia crederetur *quasi furiosus* testamentum facere non potuisse: ideo *nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

71) *L. 17. §. 1. D. h. t. L. 14. D. de appellat.* *Io. Ortw.* WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XX.

72) *L. 15. §. 2. D. h. t.*

73) *L. 5. D. h. t. L. 28. C. de inoff. testam.* Liberi, de inofficioso querelam contra testamentum parentum moventes, probationem debent praestare: quod obsequium debitum iugiter, *prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerint*; nisi scripti heredes ostendere maluerint, *ingratos liberos contra parentes extitisse.* Add. QUINCTILIANI *Institut. Orat.* lib. VII. cap. 4. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. c. 6. not. g. pag. 152. und HOFACKER Histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 13.

d) Die Querela inoff. T. ist auf einen fünfjährigen Zeitraum beschränkt [74]), und geht

e) auf die Erben nur alsdann über, wenn sie präparirt, d. i. wenn sie angestellt, oder mit Anstellung derselben gedrohet ist, oder das emancipirte Kind die bonorum possessio litis ordinandae gratia agnoscirt hatte [75]). Nur denn, wenn der enterbte Sohn während der Deliberation des eingesetzten Erben stirbt, wird die Querel auf desselben Descendenten auch ohne Präparation transmittirt [76]).

f) Verliert der Querulant den Proceß, und er hat für sich oder freywillig für einen andern geklagt, es geschahe auch die Abweisung wirklich, und nicht in contumaciam, auch noch bey Lebzeiten des Klägers, so macht er sich auch des Vermächtnisses verlustig, was ihm im Testament hinterlassen ist [77]). Diese Strafe hat der nicht zu befürchten, der blos die Gültigkeit des Testaments mit der Querela nullitatis in Anspruch nimmt [78]). Endlich

g) wird noch, wenn die Klage mit Wirkung soll angestellt werden können, erfordert, daß der Erbe die Erbschaft angetreten habe [79]).

74) *L. 8. §. ult. L. 9. D. h. t. L. 16. L. 34. in fin. L. 36. §. 2. C. h. t.*

75) *L. 6. §. 2. L. 7. D. h. t. L. 5. C. eod.*

76) *L. 34. C. h. t.*

77) *L. 8. §. 14. D. h. t. L. 30. §. 1. D. eod. §. 5. I. eod. L. 22. D. de his, quae ut indign.* de RETES Advers. de inoff. test. cap. 24. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 541.)

78) *L. 5. §. 1. L. 25. D. de his, quae ut indign.*

79) *L. 8. §. 10. D. h. t.*

4) Wird das väterliche Testament von präterirten Kindern mit der Bonorum possessio contra tabulas angefochten, so wird dadurch das Testament zwar rescindirt, und die Intestaterbfolge tritt ein [80]). Ist jedoch ein anderes Kind in dem Testament zum Erben eingesetzt, und dieses hat die väterliche Erbschaft angenommen, so bleibt das Testament in Ansehung des eingesetzten Kindes gültig, dieses muß sich nun mit seinem Erbtheil begnügen, welchen dasselbe aus dem väterlichen Testament erhalten hat, und auch die Legata auszahlen [81]). Eben dies gilt auch, wenn ein anderes Kind noch in dem Testament enterbt ist. Diesem kommt die B. P. c. T. welche das präterirte Kind erhalten hat, nicht zu statten, sondern es muß noch insonderheit die querela inoff. T. anstellen, um das Testament auch in Rücksicht seiner zu entkräften [82]). Auf jeden Fall bleibt auch die Pupillar-Substitution bey Kräften, wenn gleich das Testament durch die B. P. c. T. rescindirt wird [83]). Es muß nur nicht der Kläger selbst der Pupillar-Substitut seyn,

80) *L. 1. pr. D. de legat. praest. L. 17. C. de collat. L. 4. C. de lib. praet.*

81) *L. 14. pr. D. de bon. poss. contra tab.* Hätte sich das eingesetzte Kind noch nicht in die väterliche Erbschaft immiscirt, so kann es selbst die B. P. c. T. suchen, und hierdurch seinen Intestaterbtheil mit dem präterirten Kinde erhalten. *L. 8. §. 14. D. eodem.* SARTORIUS in Diss. de bon. poss. quam contra tab. parentum liberi agnosc. Sect. I. §. 3. pag. 63. seq.

82) *L. 10. §. 5. L. 20. pr. D. de Bon. poss. c. T.*

83) *L. 34. §. ult. L. 35. D. de vulg. et pup. subst. L. 103. §. 2. et 3. D. de legat. III.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. pag. 71.

seyn, sonst geht die Pupillar-Substitution zu Grunde [84]). Endlich müßen auch bey der B. P. c. T. gewisse Vermächtnisse prästirt werden, nämlich die, welche den Kindern, Eltern, oder der Frau oder der Schwiegertochter des Testirers hinterlassen worden sind [85]). Also nicht alle, wie bey der Querela inofficiosi. Es werden diese Legaten auch nur von einem emancipirten Kinde prästirt. Denn hat ein filius suus praeteritus die B. P. c. T. erhalten, so fallen auch die Vermächtnisse weg, weil dieser die väterliche Erbschaft wegen der Nichtigkeit des Testaments, auch ohne die B. P. ab intestato erhalten haben würde. [86]). Endlich unterscheidet sich die B. P. c. T. noch darin von allen andern Rechtsmitteln, daß sie binnen einem Jahre gesucht werden muß, welches von dem Tage zu laufen anfängt, da der Notherbe Wissenschaft von dem Tode des Erblassers erhalten hat [87]), wenn gleich der eingesetzte Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat *).

Wenn hingegen

II) Kinder von der Mutter oder andern mütterlichen Ascendenten ausgeschlossen worden sind, so ist kein Unterschied, ob sie enterbt oder präterirt worden sind, weil einer Mutter in dem ältern Recht keine Form vorgeschrieben ist, wenn sie ihre Kinder im Testament

84) *L.* 22. *D. de vulg. et pup. substit.*

85) *L.* 1. *pr. et §.* 1. *seq. L.* 3. §. 1. *L.* 5. §. 2. *L.* 15. §. 3. *D. de legat. praest.* *de* RETES Adverf. ad Tit. Dig. de legatis praestandis cap. 8. (in *Thes. Meermann.* T. VI. p. 506. seq.)

86) *L.* 15. *pr. L.* 16. *D. de legat. praest.* *de* RETES c. l. c. 9. et 10. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. pag. 69. seq.

87) §. 4. *et* 6. *I. de Bon. poss.*

*) *L.* 4. *pr. L.* 19. *D. de B. P. c. Tab.*

ment ausschliessen will, daher die Präterition der Kinder in dem Testament der Mutter, so wie der übrigen mütterlichen Ascendenten immer die Wirkung der Exheredation hat. Justinian [88]) sagt dieses ausdrücklich: Mater vel avus maternus necesse non habent, liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere. *Nam silentium matris, aut avi materni et caeterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris.* Der Grund dieses Unterschiedes ist, weil eine Mutter keine suos heredes hat, mithin können auch Enkel eben so wenig die iura suorum heredum in Ansehung ihrer mütterlichen Großeltern haben [89]). Eine ungerechte

Ueber-

88) §. 7. *I. de exheredat. liberor.*

89) Eben deswegen succedirten auch die Kinder nach den Gesetzen der 12. Tafeln der Mutter nicht ab intestato, wie Ulpian Tit. 26. *Fragm.* §. 7. sagt, obwohl dieses auch mit seinen Grund darin gehabt haben kann, weil eine Mutter durch die Convention in manum mariti gehindert war, ein eigenes Vermögen zu erwerben und zu hinterlassen. S. HUGO Comm. de fundamento successionis ab int. ex iure Rom. antiquo et novo. *Goett. 1785.* §. 18. p. 20. Dieser Grund hörte aber freylich in der Folge auf, als die conventio in manum mariti ausser Gebrauch kam. Daher erhielten die Kinder durch das SCtum Orphitianum ein gesetzliches Erbrecht in dem Vermögen ihrer Mutter. *Pr. I. de SCto Orphit.* Man findet indessen schon vor dem Orphitianischen Senatusconsultum Beyspiele bey VALERIUS MAX. lib. VII. cap. 7. Ex. 4. cap. 8. Ex. 2. und PLINIUS *Lib. V. Epist. 1.* daß die Centumvirnalrichter gegen mütterliche Testamente die querela inofficiosi zugelassen haben. Man darf sich aber darüber nicht wundern, weil ihnen der Prätor durch die Bon. possessio *unde cognati* den Weg dazu gebahnet hatte. *Princ. I. de SCto Tertull.* SCHRADER Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 9.

Nach-

Uebergehung oder Enterbung kann hier also vom dem Kinde immer nur als unbillig durch die querela inofficiosi testamenti angefochten werden [90]). Und wenn auch die Mutter nach der Errichtung ihres Testaments noch Kinder gebiert, so wird doch dadurch ihr Testament nicht rumpirt, sondern es kann nur als inofficiosum angefochten werden [91]). Nur der Fall wird ausgenommen, wenn die Mutter vom Tode übereilt wurde, um nach der Geburt des Kindes ihr Testament ändern zu können [92]). Hier kommt es darauf an, ob sie blos ihre Kinder zu Erben eingesetzt hat, oder fremde Personen. Im ersten Falle soll die querela inofficiosi wegfallen, und *per coniecturam maternae pietatis* angenommen werden, als ob sie ihre sämmtlichen Kinder, und also auch das nachgebohrne, instituirt hätte. Das Testament

Nachher nahmen sich auch die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius der Tochterkinder an, und gaben ihnen ein Successionsrecht in den Gütern ihrer mütterlichen Großeltern. §. 1. *I. de SCto Orphit. L. 9. Cod. de suis et legit. lib.* HAUBOLD Diss. de different. inter testam. nullum et inofficios. Cap. VII. pag. 24.

90) *L. 19. L. 27. §. 4. D. de inoff. testam. L. 15. Cod. eodem.*

91) *L. 6. pr. D. h. t.* Höpfners Commentar §. 517. Not. 1.

92) *L. 3. C. h. t.* Si mater filiis duobus heredibus institutis, tertio post testamentum suscepto, cum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere neglexisset, merito, utpote non iustis rationibus neglectus, de inofficioso querelam instituere poterit. Sed cum eam in puerperio vita decessisse proponas: repentini casus iniquitas *per coniecturam maternae pietatis* emendanda est. Quare filio tuo, cui nihil, praeter maternum fatum imputari potest, *perinde virilem portionem tribuendam censemus, ac si omnes filios heredes instituisset.* Sin autem heredes scripti *extranei* erunt, tunc *de inofficioso testamento actionem* instituere non prohibetur.

stament bleibt also gültig, und auch die Legata bleiben bey Kräften [93]). Wenn hingegen Fremde zu Erben ernannt sind, so kann das nachgebohrne und im Testament übergangene Kind die Inofficiositätsklage anstellen.

Die Bonorum possessio contra tabulas hingegen findet gegen das Testament eines mütterlichen Ascendenten nie Statt [94]). Denn da Frauenspersonen keine suos heredes haben, so können sie auch nicht aufhören, solche wegen einer Capitisdeminution zu haben [95]). Es ist daher ein unverzeihlicher Irrthum, wenn unser Verfasser §. 1605. dennoch behauptet, daß liberi a matre praeteriti die B. P. contra tabulas hätten verlangen können [96]). Die Wirkungen der Querel gegen das mütterliche Testament, sind übrigens die nämlichen, wie die gegen das väterliche Testament

93) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. IX. cap. 15. Westphal von Testamenten §. 575. u. 576. Book Lehre von der Enterbung §. 22. S. 69. folgg.

94) *L. 4. §. 2. D. de bon. poss. c. T.* Ad testamenta foeminarum Edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent; und Justinian sagt es auch deutlich im *§. 7. I. de exheredat. lib.* wo es heißt: Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est: sive de iure civili quaeramus, sive de Edicto Praetoris, quo Praetor praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit. Sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet. (sc. *querela inoff. testamenti.*) S. Westphal von Testamenten §. 534.

95) *L. 13. D. de suis et legit. hered.*

96) Man sehe dagegen SARTORII Diss. alleg. Sect. I. §. 3. p. 37. und Koch Bonorum possessio §. 8. S. 110. u. folg.

ment [97]). Nur in dem Falle, da die Mutter geglaubt hat, das Kind, welches sie übergangen, sey schon gestorben, sollen nach einem Decret des Kais. Hadrian die Legate gültig bleiben [98]).

B) Sind

97) *L. 19. L. 28. D. h. t.*

98) *L. 28. D. h. t.* Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset; *Divus* HADRIANUS decrevit hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates, et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur. Nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. Einige Rechtsgelehrten glauben, daß in diesem Gesetz nicht von der Inofficiositäts-klage die Rede sey, sondern nehmen eine eigene actio rescissoria ex decreto Hadriani an, welche sich auf den stillschweigenden Willen der Mutter gründe, und wodurch nur die Erbeneinsetzung aufgehoben werde, als *Iul.* PACIUS *Εναντιοφαν.* Centur. III. Qu. 35. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. Tit. pag. 167. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. VII. §. 21. pag. 187. *Osius* AURELIUS de variant. *Cujacii* interpretat. Dispunct. XI. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 722.) und *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 30. §. 17. Noch andere meinen, durch die Klage, welche das präterirte Kind in dem bemerkten Falle anstellen könnte, sey das Testament der Mutter gar nicht rescindirt, sondern so angesehen worden, als wenn das Kind instituirt worden wäre. Daraus lasse sich erklären, warum die Legaten hätten prästirt werden müssen, als *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. lib. II. cap. 13. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 578. seq.) Allein alle diese Erklärungen streiten gegen den Zusammenhang jener Stelle. Daß die querela inofficiosi in dem bemerkten Falle gegen das Testament der Mutter Statt hatte, erhellet aus *L. 27. §. ult. D. h. t.* Daß auch von dieser Klage in der *L. 28. cit.* die Rede sey, setzen die Schlußworte auffer Zweifel. Nur das fand freylich Paulus bemerkenswerth,

B) Sind Ascendenten in dem Testament ihrer Kinder ausgeschlossen worden, die ihnen den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig waren, so hat auch hier die Präterition gleiche Wirkung mit der Exheredation, weil die Kinder gegen die Eltern nach dem ältern Rechte keine gewisse Form zu beobachten hatten. Die Ausschließung eines Ascendenten giebt also hier nur der Inofficiositätsklage Raum, wenn sie ohne rechtmäßige Ursache geschehen ist [99]); und zwar liegt hier dem eingesetzten Erben der Beweis ob, daß die Enterbung aus gerechter Ursache geschehen sey. [100]). Doch kannte der Vater, als Patron seines emancipirten Sohns, bonorum possessionem contra tabulas bis auf den Pflichttheil erhalten, oder so weit der Sohn ihm eine schändliche Person vorgezogen hat [1]).

End-

werth, daß nach dem Decret des K. Hadrian die Legate gültig bleiben sollten, vermuthlich weil man hier die Mutter keines Wahnsinns beschuldigen konnte, welche nicht aus Haß, sondern weil sie ihren Sohn für tod hielt, demselben einen andern Erben vorgezogen hatte. S. *Renat.* BOTTEREAU in Hadriano legislatore ad A. U. C. 890. nr. 2. (in HOFMANNI *Histor. iur. Rom.* T. II. pag. 205.) POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. nr. XXXVII. not. a. Westphal von Testamenten §. 573. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. cap. 6. not. h. et in Diatr. de rerum perpetuo similiter a Centumviris iudicatar. auctoritate §. 20.

99) *L. 17. C. de inoff. testam.* Cum filium tuum, te praeterita, sororem heredem instituisse proponas: inofficiosi querelam apud Praesidem provinciae persequi potes.

100) *L. 28. C. h. t.*

1) *L. 16. §. 1. D. h. t. L. 1. §. ult. L. 3. D. Si quis a parente manumiss.*

Endlich wenn

III) Geschwister ausgeschloßen worden sind, so kann ein solches Testament in dem Falle, da ihnen eine schändliche Person ist vorgezogen worden, immer nur als lieblos angefochten werden, und den enterbten oder übergangenen Geschwistern steht hier kein anderes Rechtsmittel, als die querela inoff. testamenti, gegen die ihnen vorgezogene schändliche Person zu [2]). Haben sie jedoch, es sey, unter welchem Titel es wolle, von dem Vermögen des Erblassers Etwas bekommen, so können sie das Testament nicht als pflichtwidrig anfechten, sondern nur höchstens auf die Ergänzung des Pflichttheils klagen [3]). Und selbst in dem Falle, da sie ganz zurückgesetzt worden sind, muß man doch noch unterscheiden, ob sie durch schlechtes Betragen gegen den Erblasser, welches denn freylich blos der Beurtheilung des Richters überlassen werden muß, diese gänzliche Zurücksetzung verdient haben, oder nicht. Denn nur in dem letztern Falle ist das Testament als pflichtwidrig anzusehen, und kann mittelst der querelae inofficiosi testam. gegen die ehrlose oder verächtliche Person, welche zum Erben eingesetzt worden, angefochten werden. Es erhellet hieraus, daß die Thatumstände, welche die ausgeschlossenen Geschwister in den Stand setzen, ein Testament als lieblos anzufechten, von doppelter Art sind. Sie betreffen nämlich theils ihr eigenes Betragen gegen den Erblasser, theils die Beschaffenheit der Person des eingesetzten Erben. Gründet sich der Kläger darin, er habe die Zurücksetzung nicht verdient, so muß

2) L. 1. L. 21. u. L. 27. C. *de inoff. testam.*

3) §. 3. et 6. *I. h. t.* L. 30. C. *eod.*

muß der Kläger diesen Klagegrund beweisen [4]), so wie ihm der Beweis obliegt, daß der Beklagte eine schändliche Person sey [5]). Nur wenn eine Ursache der Ausschliessung angeführt ist, muß der Beklagte deren Wahrheit erweisen [6]). Uebrigens hebt die Querel der Geschwister in der Regel das Testament ganz auf, und es können daher sogar die schon ausgezahlten Legate zurückgefordert werden [7]). Wäre jedoch außer der eingesetzten turpis persona noch ein anderer anständiger Erbe ernennt worden, so bleibt das Testament in Ansehung desselben gültig, und die präterirten Geschwister können nur den Antheil fordern, welcher dem heredi turpi vom Testirer zugedacht war, welches denn freylich hier, wie Ulpian [8]) ganz richtig bemerkt, die besondere, aber bey der Querel nicht ungewöhnliche Folge hat, daß nun der Testirer pro parte testatus und pro parte intestatus verstorben zu seyn scheint.

Es entsteht nun die Frage, was in Ansehung dieses ältern Rechts durch die Nov. 115. und 118. geändert worden sey. Hier ist

1) so.

4) *L. 3. D. h. t. L. 5. §. 1. D. eodem.* Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 266. Nr. 26. a. E. Book Lehre von der Enterbung 1. Hauptst. §. 15.

5) HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1694. in fin. MADIHN Princ. I. R. de Succeff. §. 264.

6) HOFACKER hiſtor. iur. civ. de praeterit. et exheredat. §. 13. et 31.

7) *L. 8. §. 16. D. h. t.*

8) *L. 24. D. eod.*

1) soviel gewiß, daß in Ansehung der Geschwister durch die Nov. 115. nichts geändert worden ist [9]). Allein

2) in Ansehung der Kinder und Eltern enthält die Novelle 115. Kap. 3. und 4. folgende wichtige Aenderungen. Nämlich

I) Kinder und Eltern ohne Unterschied des Grades und Geschlechts sollen anders nicht enterbt oder übergangen werden dürfen, als wenn eine im Gesetz bestimmte Ursache namentlich angeführt worden, deren Wahrheit der eingesetzte Erbe zu beweisen im Stande ist. Ist dieses nicht beobachtet worden, so kann das Testament angefochten werden, wenn auch gleich dem enterbten oder übergangenen Kinde oder Ascendenten der ihm gebührende Pflichtheil durch irgend eine Schenkung oder Vermächtniß oder Fideicommiß oder auf irgend eine andere Art wäre zugewendet worden. Die Worte selbst lauten nach Hombergks Version folgendermassen:

Kap. 3. Sancimus igitur, ne *ullo modo* patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae filium suum aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo *praeterire* vel *exheredare* liceat, etsi quacunque donatione vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo partem legibus illis debitam dederint, *nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.*

9) HOFACKER Hist. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 31. MALBLANC Dig. T. III. §. 698. THIBAUT System des P. R. Tom. II. §. 819. besonders Boock Lehre von der Enterbung 1. Hauptstück S. 24. folgg.

Kap. 4. heißt es eben so: Sancimus igitur, ne liberis parentes suos *praeterire*, vel eos quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, *plane excludere liceat*, nisi *causas*, *quas enumerabimus*, *in testamentis suis specialiter scripserint.*

Es soll jedoch,

II) wenn die Vorschrift dieses Gesetzes nicht beobachtet worden ist, nur die Erbeneinsetzung aufgehoben werden, und die Intestaterbfolge eintreten. Alles andere aber, was in dem Testament noch sonst an Vermächtnissen, Fideicommissen, Freyheiten, Vormundschaften und dergleichen ist angeordnet worden, also auch die Pupillar-Substitution [10]), soll

10) Anderer Meinung ist zwar MADIHN in Princip. iur. Rom. de successionib. §. 159. p. 200. Er geht von dem Grundsatz aus, daß durch die Nov. 115. Kap. 3. und 4. das inofficiöse Testament gleichsam in einen Intestat-Codicill verwandelt werde. Es könnten also zwar Vermächtnisse, Fideicommisse und Manumissionen, aber keine Pupillar-Substitution bestehen, als welche in keinem Codicill angeordnet werden könne. Allein Madihn geht hier von einem ganz unrichtigen Grundsatz aus. Justinian sagt keinesweges, daß das Testament, welches wegen einer ungerechten Enterbung oder Präterition umgestossen worden, in Ansehung der Vermächtnisse und übrigen außer der Erbeinsetzung darin enthaltenen Verordnungen, als ein Intestat-Codicill gelten solle, sondern, er sagt vielmehr, daß in Ansehung dieser übrigen Verfügungen des Erblassers das Testament desselben als nicht rescindirt angesehen werden solle. Es heißt am Ende des 3. Kap. der Nov. 115. ausdrücklich: et tanquam in hoc *non rescissum* obtineat *testamentum*, oder wie es Hombergk übersetzt hat, *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat.* Hierzu kommt, daß Justinian ausdrücklich verordnet, es solle nur

die

soll gültig bleiben, und hierin der Wille des Erblassers erfüllet werden, nicht anders als ob das Testament in so weit nicht rescindirt worden wäre. Dieser zweyte Theil des Gesetzes lautet nach der Hombergkischen Uebersetzung so:

Kap. 3. Si vero haec non observentur, liberis exheredatis nullum praeiudicium fiat, *sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento infirmato, ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant*: ne liberi fictis accusationibus condemnentur vel circumscriptionem quandam in bonis parentum sustineant. *Si tamen contingat, ut in eiusmodi testamentis legata quaedam vel fideicommissa vel libertates relinquantur, vel tutores dentur, vel alia quaecunque capita legibus probata nominentur, illa omnia impleri iisque dari iubemus*, quibus relicta sunt, *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat.*

Kap. 4. Si vero illa non observentur, nullam vim eiusmodi testamentum, quantum ad institutio-

nem die Erbeneinsetzung aufgehoben werden, wenn das Testament aus dem Grunde der 115. Nov. angefochten wird. Natürlicher Weise muß also schon darum die Pupillar-Substitution gültig bleiben, weil *alia quaecunque capita legibus probata* bey Kräften erhalten werden sollen. Hierin stimmen auch überein VOET in Comm. ad Pand. Tom. II. lib. XXVIII. Tit. 6. §. 24. HUNNIUS in var. Resolut. iur. civ. lib. II. Tr. 5. Qu. 13. Westphal von Testamenten §. 380. a. E. S. 267. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1316. MALBLANC Princ. iur. Rom. sec. ord. Dig. T. III. §. 713. pag. 886. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 508. Nr. 10. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 819. S. 234. besonders Boock Lehre von der Enterbung §. 26. S. 88. folg.

nem heredum, habere ſancimus, ſed everſo teſtamento, heredes ab inteſtato ad defuncti hereditatem vocamus, iisque res illius dari ſancimus: legatis ſcilicet, ſive fideicommiſſis et libertatibus et dationibus tutorum et aliis capitibus vim ſuam obtinentibus.

Dieſes vorausgeſchickt, ſo entſtehen nun, um das Verhältniß dieſer Novelle zu dem ältern Recht näher zu beſtimmen, folgende Fragen.

1) Wenn Deſcendenten von einem väterlichen Aſcendenten im Teſtament präterirt, oder nicht rite enterbt worden ſind, ſo daß die Exheredation ſelbſt nach der alten Form ungültig iſt, findet hier die Nov. 115. Kap. 3. Anwendung, ſo daß nur die Erbeneinſetzung aufgehoben wird, die übrigen Verordnungen des Teſtaments aber ſo wie die Vermächtniſſe gültig bleiben; oder können nicht vielmehr die Kinder in dieſem Falle noch jetzt die alte Nullitäts-Querel mit der Wirkung anſtellen, daß das ganze Teſtament nebſt allen Anhängen deſſelben vernichtet wird? Die Rechtsgelehrten ſind über dieſe Frage ſehr verſchiedener Meinung. Einige [11]) behaupten ganz allgemein, daß die Präterition der Kinder, ſie geſchehe vom Vater oder der Mutter, keine andere Wirkung habe, als welche ihr in dieſer Novelle zugeſchrieben wird, und daß alſo nur die

11) DONELLUS in Comment. iur. civ. lib. VI. cap. 13. STRUV Synt. iur. civ. Ex. 32. Th. 32. DUARENUS in Comm. ad Tit. D. de iniuſto rupt. et irr. teſt. cap. 2. HOTTOMANNUS Lib. IV. Obſ. 27. FACHINAEUS in controv. iur. lib. 6. Cap. 77. et lib. X. cap. 70. und Book Lehre von der Enterbung 2. Hauptſt. §. 29.

die Erbeinsetzung zu Grunde gehe. Andere [12]) unterscheiden zwischen solchen Kindern, die noch in des Testirers väterlichen Gewalt sich befanden, und emancipirten Kindern. Auf die Präterition der erstern gehe die Novelle nicht, sondern diese könnten auch noch jetzt die Nullitätsquerel des ältern Rechts mit der Wirkung anstellen, daß das ganze Testament mit seinen Anhängen zerfalle. Wenn aber emancipirte Kinder präterirt worden sind, so könnten diese nun auch nach der Nov. 115. das Testament als nichtig anfechten, ohne der prätorischen Bon. possessio contra tabulas weiter benöthiget zu seyn. Noch andere [13]) behaupten, daß auf den Fall, wenn Kinder von väterlichen Ascendenten präterirt worden sind, die Nov. 115. gar nicht gehe, sondern die Kinder könnten in solchem Falle das Testament durch die ältern Rechtsmittel, nämlich durch die Nullitätsquerel oder die *B. P. contra Tabulas*, je nachdem sie entweder sui oder emancipati sind, als ungül-

12) *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. lib. XXVIII. Tit. 2. Qu. 6. STRYK Us. mod. Pand. Tit. de lib. et postum. §. 3. SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. §. 4.

13) CUJAC. ad L. 17. D. de iniusto rupt. test. *Ant.* FABER Conject. iur. civ. lib. IX. c. 14. IDEM de Error. Pragm. Dec. XX. err. 4. et dec. XLIX. err. 5. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. 17. Qu. 1. sqq. VINNIUS select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 20. VOET Comm. ad Pand. Tit. de lib. et postum. §. 4. *Luc. van de* POLL de exhered. et praet. cap. 20—22. *Ge.* FEIN Diss. de herede suo sub conditione instituto. *Goett. 1777.* Sect. I. §. 10. Koch Bonor. poss. §. 8. S. 135. und 180. Westphal von Testamenten §. 549. und THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 819. S. 234. am Ende. Höpfners Commentar §. 528. Not. 1.

tig anfechten. Justinian habe also das alte Recht in Ansehung der in dem väterlichen Testament geschehenen Präterition der Kinder nicht geändert, sondern setze in der Nov. 115. einen solchen Fall voraus, da die Exheredation oder Präterition nach dem ältern Rechte gültig gewesen wäre. Unter diesen verschiedenen Meinungen ist zwar die erstere wegen der *Auth.* Ex causa. *Cod. de lib. praeterit.* in der Praxis angenommen [14]), und man kann ihr auch in sofern mit Grund beytreten, als nach derselben anzunehmen ist, daß die Nov. 115. Kap. 3. nicht blos von der mütterlichen Präterition der Kinder allein zu verstehen sey, sondern ebenfalls auch auf den Fall gehe, da Kinder von einem väterlichen Ascendenten präterirt worden sind. Dies beweisen die Anfangsworte klar: Sancimus, ne ullo modo *patri* aut matri, *avo* aut aviae, *proavo* aut proaviae, filium suum aut filiam aut reliquos liberos *praeterire* aut exheredare liceat, wo des Vaters und der väterlichen Ascendenten ausdrücklich gedacht wird, und man thut den Worten offenbar Gewalt an, wenn man sie blos von der mütterlichen Präterition verstehen, und das Wort exheredare blos auf den Vater und die väterlichen Ascendenten beziehen will. Allein deswegen war es Justinians Absicht ganz und gar nicht, durch dieses Gesetz das ältere Recht in Absicht auf die väterliche Präterition der Kinder ganz aufzuheben. Denn es bedarf keines mühsamen Beweises, um sich lebhaft davon zu überzeugen, daß Justinian in der Nov. 115. Kap. 3. einen solchen Fall voraus setze, wo das Testament der Exheredation

14) GAIL. Observat. lib. II. cap. 113. et 114. CARPZOV jurispr. for. P. III. Constit. IX. Definit. 3. nr. 2. MÜLLER ad *Struv.* Exercit. XXXII. Th. 32. not. g.

dation oder Präterition ungeachtet nach den ältern Gesetzen zu Recht besteht. Dies beweisen die Worte: Si autem haec obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis *praeiudicium* generari, welche keinen Sinn hätten, wenn das Testament wegen der Ausschließung der Kinder schon nach den ältern Gesetzen an sich nichtig wäre. Sie deuten also offenbar auf einen solchen Fall hin, wo außer diesem Gesetz sonst keine Querel Statt hätte. Das Gesetz sagt ferner: Sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire, wie reimt sich dies mit dem Falle zusammen, wo das ältere Recht schon das ganze Testament für null und nichtig erklärt? Das Gesetz verordnet endlich, es sollen, außer er Erbeneinsetzung, alle übrige Verfügungen des Testaments beobachtet werden, ut tanquam in hoc *non rescissum* obtineat testamentum. In der That müßte der Gesetzgeber seinen Verstand verlohren haben, wenn er von einem Testament, was die ältern Gesetze, die er kurz vorher noch selbst bestätiget hatte [15]), auch in Ansehung der Vermächtnisse für null und nichtig erklären, hätte sagen wollen, es soll in Absicht auf die Vermächtnisse als nicht aufgehoben angesehen werden. Dies setzt offenbar voraus, daß das gan-

15) *L. 30. §. 1. C. h. t.* wo es heißt: Sin vero vel *praeterierint* aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint: *tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem vel permutationem acceptura.* — *L. 31. C. eodem* — exceptis illis, quibus *nihil* in testamento derelictum est, *in quibus prisca iura illibata servamus.*

ze Testament an sich gültig geblieben wäre, wenn es nicht vom Richter in Absicht auf die Erbeneinsetzung wegen der dagegen angestellten Klage wäre aufgehoben worden.

Es ist also gewiß, daß die Nov. 115. Kap. 3. nach der wahren Absicht des Gesetzgebers nicht auf solche Fälle gezogen werden könne, wo das Testament schon vorher, als nichtig angefochten werden konnte, folglich in Ansehung der den präterirten Kindern gegen das väterliche Testament nach dem ältern Rechte zustehenden Nullitätsquerel nichts geändert sey. Denn die Absicht des Gesetzgebers war, durch sein Gesetz das Unrecht der Exheredation und Präterition von den Kindern zu entfernen, wie er selbst sagt Nov. 115. Kap. 3. a. E. und Kap. 5. im Anf. Es war also in solchen Fällen kein neu Gesetz nöthig, wo schon das ältere Recht die Kinder gegen das Unrecht der Enterbung und Präterition in Schutz nahm, und ihnen dagegen hinlängliche Rechtsmittel gab, sondern nur in solchen Fällen war das neue Gesetz nöthig, wo die Exheredation nach dem alten Recht gültig und die Präterition erlaubt gewesen wäre. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde Justinian durch sein Gesetz mehr geschadet, als geholfen haben, weil er ihnen statt des ältern vortheilhaftern Rechtsmittels ein neues weniger vortheilhaftes gegeben hätte [16]).

Aus diesen Gründen ist es daher auch keinem Zweifel unterworfen, daß die Nov. 115. Kap. 3. eben so wenig auf solche Notherben Anwendung finde, die nach dem älteren Rechte das Testament des väterlichen Ascendenten durch ihre Agnation rumpiren [17]).

Es

16) SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. §. 4. not. c. pag. 92.

17) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 22. HAUBOLD Diss. de different. inter testam. nullum et inofficios. c. VI. not.

– Es kommt also nur noch darauf an, in wiefern schon vor der Nov. 115. die praeteritio paterna der Kinder mit der mütterlichen gleiche Wirkung hatte, ohne daß das Testament als nichtig oder lieblos angefochten werden konnte. Dies lehrt uns Justinian in der *L.* 30. *C. h. t.* wo er sagt: Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus: et in certis casibus, in quibus de *inofficiosis* defunctorum testamentis, vel *alio modo subvertendis* moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non, *firmum* quidem sit *testamentum*, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel *alio modo subvertendum* queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. — *Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint.* Es liegt in diesen Worten ganz klar, daß in solchen Fällen, wo sonst das Testament wegen der Präterition oder der Enterbung als pflichtwidrig, oder als nichtig angefochten werden konn-

not. z. pag. 20. *Io. Chr.* KOCH Diss. de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto. *Giessae* 1773. §. 4. HOFACKER histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 30. in fin.

konnte [18]), nun diese Klagen wegfallen sollen, wenn solche Notherben, die sich dieser Klagen bedienen konnten, mit einem Theile des Vermögens wären bedacht worden, es sey erbeinsetzungsweise oder durch ein Vermächtniß geschehen, wenn das, was ihnen hinterlassen worden, auch weniger, als der Pflichttheil, betragen sollte. Hier soll blos suppletorisch geklagt werden können, es mag im Testament gesagt seyn, daß der Pflichttheil ergänzt werden solle, oder nicht. Nach diesem Gesetz war also schon die Einsetzung oder Enterbung der suorum oder emancipatorum in dem Falle kein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit des väterlichen Testaments mehr, wenn die Kinder auch nur mit Etwas im Testament bedacht worden sind; und das Testament konnte nach diesem Gesetz nicht mehr, wie sonst im Falle einer Enterbung, als lieblos, oder im Falle der väterlichen Präterition, als null [19]) angefochten werden. Nur dann, wenn die Kinder im Testament gar nicht im geringsten bedacht worden sind, soll das alte Recht gelten, und das Testament im Falle einer väterlichen Präterition als nichtig, im Falle einer mütterlichen oder sonstigen Ausschliessung eines Notherben aber als inofficiös angefochten werden können. Nach diesem Gesetz brauchten also Ascendenten, ohne Unterschied sie seyen väterliche oder mütterliche, ihren Kindern nur etwas im Testament zu hinterlassen, gleich-

18) Man sehe §. 548. S. 111. dieses Comment.

19) Dies wollen ohne Zweifel die Worte vel *alio modo subvertendum queri* poterant, sagen, welche deutlich genug auf die Testamente der väterlichen Ascendenten hinzielen. Denn die übrigen Testamente konnten bekanntlich im Falle der Ausschliessung auf keine andere Art, als durch die querela inofficiosi, umgestossen werden. S. Boock Lehre von der Enterbung §. 29. S. 103.

gleichviel unter welchem Rechtstitel, um gegen die Nullitäts. und Inofficiositäts. Querel derselben gesichert zu seyn. Dies hat nun aber Justinian durch die Nov. 115. Kap. 3. abgeändert, und es den Eltern zur Pflicht gemacht, ihre Kinder als Erben zu bedenken, wenn sie keine Ursache haben, solche als undankbare auszuschliessen. Man unterscheide also nun folgende Fälle.

1) Ein väterlicher Ascendent hat seine Kinder gar nicht bedacht. Auf diesen Fall geht die Nov. 115. gar nicht, sondern hier hat Justinian das alte Recht in den *L.* 30. und 31. *C. h. t.* ausdrücklich bestätiget, nach welchem die sui das Testament als nichtig, die emancipati solches mit der bonorum possessio contra tabulas, und die postumi dasselbe als ruptum anfechten können, und hierin ist durch die Nov. 115. Kap. 3. nichts geändert worden.

2) Die Kinder sind zwar vom Vater im Testament bedacht worden, aber nicht als Erben, sondern der Pflichttheil ist ihnen als ein bloßes Legat hinterlassen worden, ohne sie im Uebrigen ausdrücklich enterbt zu haben. Dieses ist nach der Novelle als eine wahre Präterition anzusehen, allein die alte Querel der Nichtigkeit findet hier nicht mehr Statt, weil sie Justinian schon in diesem Falle durch vorhergehende Gesetze, nämlich *L.* 30. *et* 31. *C. h. t.* aufgehoben hatte. Das Testament kann also nach der Nov. 115. als rechtswidrig angefochten werden, und es tritt hier die in dem neuern Gesetz bestimmte Wirkung ein, nach welcher blos die Erbeinsetzung rescindirt wird, die übrigen Verfügungen des Testaments aber gültig verbleiben.

Hiernächst entsteht

II. die Frage, ob die emancipirten Kinder, wenn sie in dem Testament eines väterlichen Ascendenten

gänz-

gänzlich präterirt, oder nach der Form des ältern Rechts nicht exheredirt worden sind, noch jetzt die *B. P. contra Tab.* nöthig haben? oder ob sie nicht eben sowohl, wie die sui liberi, das väterliche Testament als ungültig anfechten können. Auch dieses ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrten [20]) behaupten, der Unterschied zwischen den suis und emancipatis liberis sey in Absicht auf die Mittel das Testament anzufechten nicht aufgehoben, sondern in soweit geblieben, daß die sui praeteriti das Testament als null anfechten, die non sui aber auch noch h. z. T. die B. P. contra tabulas suchen müßten. Allein andere [21]) unterscheiden, ob die non sui das Testament aus dem Grunde anfechten, weil die Vorschrift der Nov. 115. nicht beobachtet worden, oder aus einen Grunde des ältern Rechts. Im erstern Falle sagen sie, sey die B. P. c. T. nicht mehr nöthig, weil das Gesetz zwischen suis und emancipatis keinen Unterschied macht, in dem letztern Falle aber müßten die emancipati praeteriti noch h. z. T. die B. P. c. T. suchen. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [22]), welche ohne Unterschied

20) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 76. §. 10. *Ant.* FABER de error. Pragmaticor. Dec. 14. Er. 7. VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. de exheredat. lib. HOFACKER Diss. de exheredat. et praet. §. 24. MALBLANC Princip. iur. Rom. T. III. §. 695. GAMBSJAEGER cit. Commentat. P. III. §. 8. p. 44. sqq.

21) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 527. Koch in der Bon. possessio §. 8. S. 132. und §. 30. S. 344.

22) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. §. 4. HAUBOLD in Diss. de differentiis inter testam. nullum et inoff. Cap. 6. p. 20. WALCH Controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. membr. §. 2. II. Book Lehre von der Enterbung §. 29. S. 107. folgg. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Th. §. 820.

schied behaupten, daß die B. P. c. T. auch bey den emancipirten Kindern nur utilis sey, und ihnen übrigens ein gleiches Recht, wie den Suis, zustehe, das Testament als nichtig anzufechten, worin sie präterirt worden sind. Diese Meinung verdient ohne Zweifel den Vorzug. Zwar läßt sich nicht behaupten, daß die Nov. 115. Kap. 3. auf diesen Fall gehe, als welche, wie schon gezeigt worden ist, ein solches Testament voraussetzt, welches nach dem ältern Recht nicht hätte angefochten werden können. Allein unstreitig ist es, daß die emancipirten Kinder durch die Nov. 118. c. 1. in Ansehung der Intestaterbfolge den suis gleich gemacht worden sind. Sie haben nun also auch der B. P. nicht mehr nöthig, als welcher sie ehemals nur darum bedurften, weil sie kein Civilintestaterbrecht hatten. Dies war, wie Herr Kanzler Koch [23]) sehr richtig bemerkt hat, der ganz natürliche Grund, warum emancipati zur querela nullitatis nach dem Civilrecht nicht berechtiget waren. Sollen nun also die emancipati den suis in Absicht auf die Intestaterbfolge gleichgehalten werden, so folgt hieraus, daß sie auch in Absicht der Mittel zur Intestaterbfolge zu gelangen, den suis gleichgemacht worden sind, folglich eben so, wie diese, das Testament als nichtig anfechten können, ohne der B. P. c. T. welche sie allenfalls utiliter, wenn sie wollen, dagegen suchen können, weiter benöthiget zu seyn. Diese Meinung ist auch in der Praxis angenommen, denn da ist, wie Höpfner [24]) sagt, von einem Gesuche um B. P. gar keine Rede mehr. Wie aber

III) wenn

23) Bonor. poss. §. 8. S. 175.

24) Commentar §. 527. am Ende S. 599. Eben so LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandectar. lib. XXVIII. Tit. 2. §. 4. REINHARTH in Observ. select. ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 2.

III. wenn emancipirte Kinder förmlich enterbt sind, es ist auch eine gesetzliche Ursache angeführt, wie die Nov. 115. vorschreibt; ist hier zur Anstellung der querelae inofficiosi testamenti noch jetzt die *B. P. litis ordinandae gratia* erforderlich? Höpfner [25]) will sie noch h. z. T. für nöthig halten, und Thibaut [26]) glaubt, sie sey wenigstens zur Transmission der Querel noch immer wichtig. Andere [27]) hingegen behaupten, daß jene B. P. jetzt als unnütz wegfalle, nachdem die emancipirten Kinder durch die Nov. 118. ein Civilintestaterbrecht bekommen haben, und diese Meinung verdient unstreitig den Vorzug. Denn bekanntlich diente jene B. P. nur dazu, um dem enterbten non suus ein Intestaterbrecht zu verschaffen, und ihn dadurch in die Lage eines sui heredis zu versetzen, damit er nun als solcher die querelam inofficiosi anstellen könne, wozu er sonst kein Recht hatte [28]). Nur in dieser Rücksicht war sie auch dem enterbten Emancipirten zur Transmission der Querel auf die Erben nöthig, denn bey dem enterbten Suus fiel sie weg [29]). Da nun die non sui nach der Nov. 118. ein gleiches Intestaterbrecht haben, so ist schlechterdings nicht zu begreiffen, wozu die B. P. litis ordinandae gratia noch dienen solle.

Daß

25) Commentar §. 529.

26) System des Pandectenrechts 2. Th. §. 820. in der vorigen Ausgabe §. 1032. war die entgegen gesetzte Meinung angenommen.

27) HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. pag. 1647. GAMBSJAEGER cit. Comm. P. IV. §. 2. not. 6. pag. 58. und Koch Bonor. poss. §. 30. S. 350. am Ende.

28) S. Webers Anmerk. zu Höpfners Commentar §. 658. Not. 1. S. 715.

29) *L. 7. D. h. t.*

Daß auch die Präparation der Querel, welche die Gesetze zur Transmission derselben erfordern, auf andere Art, als durch das Gesuch jener Art der B. P. geschehen könne, lehren Ulpian [30] und Paulus [31]) ganz deutlich [32]). Die allerstreitigste Frage ist nun aber

IV. die, was die Ausschliessung der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. für eine Wirkung habe, wenn zwar dieselbe nach dem ältern Rechte auf eine förmliche oder erlaubte Art geschehen ist, allein die Vorschriften des neuern Gesetzes nicht beobachtet worden sind, und also entweder keine gesetzliche oder eine falsche Ursache angeführt worden ist? Findet hier die Querela inofficiosi, oder die Nullitätsklage, oder vielleicht ein drittes ganz neues Rechtsmittel Statt? Hierüber giebt es sehr verschiedene Systeme sowohl unter den ältern als neuern Rechtsgelehrten. Unter den ältern Systemen haben das sogenannte Inofficiositäts-System, und das Nullitäts-System die meisten Anhänger gefunden, so daß man wohl mit Recht sagen kann, ihre Zahl ist Legion.

Soviel 1) daß sogenannte Inofficiositätssystem anbetrifft, so bestehet dieses darin, daß wenn die Ausschließung der Kinder oder Eltern nach der alten Form gültig ist, die Querela inofficiosi test. als welche durch die Nov. 115. nicht aufgehoben, sondern nur modificirt worden sey, angestellt werden müsse, ohne Unterschied, die Ausschliessung

30) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

31) *L. 7. D. eodem.*

32) Man sehe hier noch Steins Abh. von pflichtwidrigen Testamenten. §. 20. S. 74. und Not. f.

sung sey nach der neuen Form gültig oder ungültig. Die Klage ist daher die nämliche, es sey entweder gar keine, oder keine gesetzliche Ursache angeführt, oder die angeführte sonst gesetzliche Ursache sey falsch. Dieses System hat an Vinnius [33]), Noodt [34]), Schiffordegher [35]), Huber [36]), Voet [37]), van de Poll [38]), Alciat [39]), Duaren [40]), Nerius [41]), Fachinäus [42]), Perez [43]), Gudelinus [44]), und unter den neuern besonders an Jos. Finestres [45]), Pufendorf [46]), Majansius [47]), Reinold [48]), Westenberg

33) Comment. ad pr. I. de inoff. test. und in Quaest. iuris select. Lib. II. cap. 21.

34) Comm. ad Pand. h. t. pag. 160.

35) ad *Ant. Fabrum* Lib. I. Tract. XVII. Qu. 1. et 2.

36) Praelect. ad Inst. Tit. de exhered. lib. §. 2.

37) Comm. ad Dig. h. t. §. 23.

38) de exheredat. et praet. §. 22. et 23.

39) Parergor. lib. IV. cap. 9.

40) Comm. ad Tit. D. de inoff. test. cap. 3. in Operib. pag. 174.

41) Analect. Lib. II. cap. 15. (in *Thes. Otton.* Tom. II. p. 418.)

42) Controv. iuris Lib. IV. cap. 9.

43) Praelect. ad Cod. Tit. de lib. praet. n. 13.

44) de iure noviss. lib. II. cap. 4.

45) Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liber. et postum. P. IV. cap. 3. §. 32.

46) Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 76. §. 12. et 13.

47) Diss. de factis contra legem. §. 10. (in EIUS *Dissertat. iur. civ.* T. I. Diss. XI. pag. 209.)

48) Opusc. iurid. pag. 338. seqq.

berg [49]), Jul. Ge. Paul *du* ROI [50]), Joh. Nic. Schedel [51]), Ad. Fried. Reinhard [52]), Malblanc [53]), Hofacker [54]) und Koch [55]), eifrige Vertheidiger gefunden. Dieses System hat nun zwar den allerdings wichtigen Grund für sich, daß der Kaiser sich über den Fall, wenn der Vorschrift seines Gesetzes kein Genüge geschehen, auf eine solche Art erklärt, daß man nur gar zu deutlich daraus siehet, das Testament solle nicht ipso iure nichtig seyn, sondern durch richterliches Urtheil aufgehoben werden. Dies beweisen die in dem griechischen Text gebrauchten Ausdrücke ἀκυροῦσθαι und ἀνατρέπεσθαι, welche nach dem Urtheile der Sprachkundigen soviel als rescindere, evertere, infirmare bedeuten, und von einem solchen Testament gebraucht werden, welches nicht ipso iure nichtig ist, sondern erst vom Richter aufgehoben werden muß, wie besonders Pufendorf a. a. O. mit vieler Gelehrsamkeit erwiesen hat. Dies erhellet noch mehr daraus, daß die Vermächtnisse ihre Gültigkeit behalten (legatis suam obtinentibus firmitatem), und das Testament in Ansehung derselben als nicht aufgehoben angesehen werden solle (et *tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*). Dieses System hat ferner für sich,

49) Dig. Tit. de lib. et postum. §. 10.

50) Diss. not. 1. cit.

51) Diss. de eo, quod circa materiam exheredationis et praeterit. Nov. 115. Cap. 3. mutatum est. *Giessae 1725.*

52) Sammlung jurist. philos. und kritischer Aufsätze. 1. Band 2. St. Nr. 2. S. 73.

53) Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. T. III. §. 697. pag. 849.

54) Hist. iur. civ. de exhered. et praeterit. §. 26.

55) Bonor. possess. §. 8. S. 140.

daß Justinian nirgends sagt, daß die Querel des lieblosen Testaments nun durch seine neue Constitution bey den Kindern und Eltern aufgehoben seyn, und eine neue Klage an deren Stelle treten solle. Man muß also annehmen, er habe die ältere Klage im Sinn gehabt, und diese auch auf die in der Novelle bestimmten Fälle jedoch unter den hier festgesetzten Modificationen erstreckt wissen wollen. Indessen hat dieses System freylich noch manche erhebliche Zweifel gegen sich. Denn man kann dagegen einwenden:

1) die Querela inofficiosi setze ein nach dem strengen Civilrecht gültiges Testament voraus; ist aber bey der Ausschließung der Kinder und Eltern entweder gar keine, oder keine rechtmäsige Ursache ausgedrückt, oder die genannte Ursache falsch, so lasse sich in keinem dieser Fälle annehmen, daß das Testament, da es der buchstäblichen Vorschrift eines neuen Civilrechts geradezu entgegen streitet, dennoch stricto iure gültig sey. Denn eine Handlung, der es an der gehörigen Form fehlt, zerfällt nach bekannten Grundsätzen in sich selbst.

2) Wer die Querela inoff. test. anstellt, gründet sich darauf, er habe die Ausschließung nicht verdient; ist nun aber die Vorschrift der Novelle nicht beobachtet, so kommt nichts darauf an, ob der Enterbte die Enterbung verdient habe oder nicht. Es wird also der Kläger doch gewinnen, wenn er auch die Enterbnng wirklich verdienet hätte.

3) Man kann es auch nicht gerade für eine pflichtwidrige Handlung erklären, wenn der Testirer die Ursache der Enterbung nicht angeführt hat, er kann die Ursach aus Unachtsamkeit oder aus Schonung des Enterbten nicht mit angeführt haben. Wäre nun in dem Gesetz die Querela

la inofficiosi gemeint, so müßte es genug seyn, daß der Testirer eine rechtmäßige Ursache gehabt, deren Wahrheit der Erbe beweisen kann, um den Kläger abzuweisen; allein das Gesetz hält dieses nicht für genug, sondern sagt: *nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.* Wenn nun gleich

4) sich allerdings annehmen läßt, daß eine ältere Klage auch die neuen Bestimmungen der Civilgesetze mit ergreife, wenn die Natur jener Klage auf dergleichen neuere Vorschriften paßt, und denselben nicht widerspricht; so lasse sich doch hier, wo die Nichtbeobachtung des neuern Gesetzes (Nov. 115.) gerade das Gegentheil von dem mit sich bringt, was jene ältere Klage, welche nach dem Inofficiositäts-System voraus gesetzt wird, wesentlich erfordert, die Schlußfolge nicht rechtfertigen, auf welche jenes System gebaut ist.

2) Nach dem Nullitätssystem unterscheidet man, wenn Kinder oder Eltern auf eine erlaubte Art übergangen, oder rite enterbt sind, so daß die Ausschließung nach der alten Form gültig ist; so ist entweder eine gesetzliche Ursach angeführt oder nicht, in dem letztern Falle sey das Testament nach dem neuern Rechte nichtig, und es habe die *Querela nullitatis iuris novi* statt. In dem erstern Falle aber sey das Testament, wofern die angeführte Ursache falsch ist, für pflichtwidrig zu halten, und es müsse die *Querela inofficiosi* angestellet werden. Dieses System, welches auch unser Verf. angenommen, vertheidigen besonders Struv [56]), Schilter [57]), Faber [58]), Berger [59]), Stryk [60]), Coc-

56) Synt. iur. civ. Ex. X. Th. 15. und Ex. XXXII. Th. 32.

57) Praxi iur. Rom. Ex. XIV. §. 46. u. Ex. XXXVIII. §. 54.

58) de Errorib. Pragmat. Dec. XIV. Err. 7.

ceji [61]), Bauer [62]), Westphal [63]), Walch [64]), Haubold [65]), Gebr. Overbeck [66]), Emminghaus [67]), Madihn [68]) u. a. m. Beyden Klagen wird nun zwar die nämliche Wirkung zugeschrieben, daß sie nämlich nicht das ganze Testament umstoßen, sondern nur die Erbeinsetzung entkräften, übrigens aber seyen sie doch in Hinsicht der Verjährungszeit, des Ueberganges auf die Erben und sonst sehr unterschieden. Allein auch diesem System steht der wichtige Einwurf entgegen, daß nach der Nov. 115. in Hinsicht der Wirkung unter beyden Fällen, ob gar keine oder keine rechtmäßige Ursache angeführt ist, oder ob die angeführte rechtmäßige Ursache nicht erwiesen werden kann, gar kein Unterschied gemacht ist, sondern beyde Fälle an dem nämlichen Platze, wo ihre Entscheidung steht, mit einander verknüpft vorgetragen sind. Also die Klage, welche nach der Intention des Gesetzgebers in dem einen Falle Statt findet, die muß auch in dem andern Platz greifen. Nun hat der Gesetzgeber keine neue Klagen genannt, es können also keine angenommen werden, sondern man muß glauben, der

59) Oecon. iur. lib. II. Tit. 4. Th. 14. not. 2.

60) Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

61) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

62) Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredat. §. 13.

63) Theorie des R. R. von Testamenten §. 548. u. 559.

64) Controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. memb. 2. §. 20.

65) Diss. de differ. inter test. nullum et inoff. cap. 7.

66) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 114.

67 ad *Coccejum* c. l. not. e. pag. 442.

68) Princip. iur. Rom. de success. §. 141.

der Gesetzgeber habe es bey der schon bekannten Klage wollen bewenden lassen [69]). Daß auch dann, wenn die Exheredation oder Präterition ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursache geschehen ist, nicht die Nullitätsklage, sondern die querela inoff. Statt finde, erhellet schon daraus, weil es an sich gar nicht passend ist, daß durch einen und denselben im Gesetz gebrauchten Ausdruck (testamento evacuato) ein zu rescindirendes und ein an sich nichtiges Testament bezeichnet werden könne.

Unter den neuern Systemen, welche über die Nov. 115. und deren Verhältniß zu den ältern Rechten zum Vorschein gekommen sind, und welche hier nicht zu übergehen sind, verdient zuerst die von dem Geh. Rath Schneidt zu Würzburg [70]) vertheidigte Lehre eine vorzügliche Erwähnung. Sie besteht nämlich darin, daß bey der Ausschliessung der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. die Querela inoff. ganz wegfalle, und an deren Stelle eine neue in ihren wesentlichen Eigenschaften von jener Querel ganz verschiedene Klage (*Condictio ex lege*) getreten sey. Die alte Querel, sagt er, könne darum nicht mehr zur Anwendung kommen, weil der Grund und die Wirkung, welche dem neuen Rechtsmittel in der Nov. 115. beygelegt ist, gar nicht mehr auf sie paßt. Denn der Grund der neuen Klage beruhe nicht mehr, wie bey der alten Querel, in einem Vorwande, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen, weshalb das Testament vermittelst derselben ganz zu Grunde gieng,

69) Koch Bon. poss. §. 8. S. 141.

70) Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule. *Wirceb. 1778.* und Desselben Iurisprud. for. in ord. systemat. redact. et supplet. Tom. I. §. 642. (*Wirceb. 1802. 8.*)

sondern vielmehr darin, daß die Vorschrift des neuen Gesetzes nicht beobachtet worden sey. Daher werde durch die neue Klage das Testament nur in Absicht auf die Erbeneinsetzung aufgehoben. Da also durch die Novelle 115. der Hauptgrund und die Hauptwirkung der alten Querel aufgehoben worden, so könne es nicht mehr die alte Querel, sondern es müße eine neue Klage seyn, deren sich nunmehr Kinder und Eltern bedienen müßten, wenn sie gegen die Vorschrift der Novelle ausgeschlossen worden, und diese könne keine andere, als die *Condictio ex Novella* 115. seyn [71]). Diese neue Klage sey denn nun auch nicht auf die kurze Dauer von 5 Jahren beschränkt, weil Condictionen erst durch eine dreyßigjährige Präscription erlöschen. Sie gehe ferner auf die Erben über, wenn sie gleich von dem verstorbenen Notherben nicht präparirt worden, u. dgl.

Allein

71) Die Worte, welche das Hauptargument enthalten, lauten in der angeführten Diss. §. 19. so: *Si alicuius actionis aut legis ratio fundamentalis simul et effectus principalis deficit, certum est, et legem et actionem cessare, praecipue si alia magis utilis substituatur, et prior concessa tantum sit actio subsidiaria. Iam post Nov. 115. c. 3. et 4. cessat fundamentalis furoris ratio, utpote restricta testandi facultate non amplius necessaria. Cessat principalis huius furoris, et inde natae querelae effectus, infirmatio scilicet integri testamenti, et actio nova, seu condictio ex Nov. 115. est data, quae certe utilior est priori, cum per eam voluntas testatoris, in quantum impia non est, conservetur, neque alii legatarii, qui revera innocentes sunt, per talem testamenti partialem rescissionem laeduntur, sed solummodo illi, qui contra pietatem laesus est, subvenitur, et tantum extraneo instituto impietatem causanti hereditas adimitur; ex quo pleno fluere alveo videtur, quod querelae inofficiosi, utpote subsidiariae, post Novellam locus amplius esse haud possit.*

Allein gegen diese Meinung hat schon Herr Kanzler Koch [72]) erinnert, daß eine Condictio ex lege keine Real, sondern nur eine Personalklage sey [73]), die neue Klage aber doch immer eine Art der Erbschaftsklage, folglich eine Realklage, seyn müßte. Sodann was den Hauptgrund jener Meinung anbetrift, daß wegen des nun wegfallenden ehemaligen Grundes eines rechtlich angenommenen Wahnsinnes auf Seiten des Erblassers, so wie wegen der veränderten Wirkung, die Klage nicht mehr die alte Querel seyn könne, sondern ein neu eingeführtes Rechtsmittel angenommen werden müßte, so scheint die daraus abgeleitete Folge den Grundsätzen einer ächten logischen Interpretation des Röm. Rechts nicht gemäß zu seyn, wenn man erwägt, daß es in dem Röm. Rechte gar nichts Seltenes ist, daß ein Gesetz seine Gültigkeit behaupte, wenn gleich die Gründe, worauf dasselbe ursprünglich beruhete, in der Folge ganz wegfielen. Voorda [74]) und Weber [75]) haben davon genug Beyspiele aufgestellt. Justinian konnte also den Grund und die Wirkung der Klage ändern, ohne die Klage selbst abzuschaffen, wovon er nichts sagt. Vielmehr lehren die Ausdrücke *rescisso testamento*, *evacuato testamento*, welche der querelae inofficiosi eigen sind [76]), das Gegentheil,

72) S. Kochs Bonor. poss. §. 8. S. 148.

73) §. 15. I. *de action.* L. un. D. *de condict. ex lege.*

74) Interpretat. et Emendat. iur. civ. Lib. I. cap. 1.

75) Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung Nr. I. §. 16. u. 17. S. 55. folgg. Man vergleiche auch Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts §. 15. und den 1. Th. dieses Commentars §. 58. S. 363. folgg.

76) *L. 17. D. L. 28. C. h. t.*

und geben zu erkennen, daß der Kaiser hier ein nach der Strenge des Rechts gültiges Testament voraussetze. Wer sollte auch glauben, daß Justinian nach seiner bekannten Denkungsart soviele Gesetze im Codex und den Pandecten, die von der Querel handeln, auf einmahl aufgehoben haben sollte, ohne auch nur mit einer Sylbe etwas davon zu gedenken? da derselbe doch sonst immer das ältere Recht, was er abändern oder aufheben wollte, ausdrücklich anzuführen pflegt[77]). Herr Geh. Rath Schneidr glaubt zwar, Justinian habe es deutlich genug gesagt, daß die alte Querel solle aufgehoben seyn. Denn am Ende des 4. Kap. der 115. Novelle heiße es ja ausdrücklich: Si quid autem pro legatis vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus et *quibuslibet aliis capitulis*, in aliis legibus inventum fuerit, *huic constitutioni contrarium*, hoc nullo modo volumus obtinere. Allein wenn man die Worte *quibuslibet aliis capitulis* auch nicht von den übrigen Anhängen des Testaments, z. B. von der Pupillar-Substitution, verstehen will, wie doch eigentlich der Zusammenhang mit sich bringt, so läßt sich daraus noch keine gänzliche Aufhebung der Inofficiositätsklage bey Kindern und Eltern erweisen, indem vielmehr diese Worte dahin gehen, daß die ältern Gesetze soweit, als sie dieser neuern Vorschrift entgegen streiten, hierdurch aufgehoben seyn sollen, z. B. daß nun den Kindern und Eltern nach diesem Gesetz der ihnen gebührende Pflichtheil nicht mehr, wie noch nach den vorhergehenden Verordnungen des Kaisers Justinian selbst geschehen konnte, als ein bloßes Legat hinterlassen, son-

77) Man vergleiche hier die Bemerkung S. 13. Not. 55. dieses 7. Bandes.

sondern auch schon deshalb das Testament als rechtswidrig angefochten werden kann, wo noch kurz vorher der Kaiser dem Notherben die Querel ausdrücklich abgesprochen hatte[78]).

Gleichwohl hat dieses Schneidtische System bey mehreren neuern Rechtsgelehrten[79]) Beyfall gefunden, welche es nur darin zu verbessern gesucht haben, daß sie die neue durch die Nov. 115. vermeintlich eingeführte Klage nicht condictio ex Novella sondern die *Querela nullitatis iuris novi*, oder eine qualificirte Erbschaftsklage genennt haben wollen, welche Meinung man also das verbesserte Schneidtische System nennen könnte.

Ausser dem Schneidtischen System zeichnet sich in seiner Art das neue System des Prof. Woltär[80]) zu Halle noch vorzüglich aus, dessen auch kürzlich zu gedenken ist. Woltär unterscheidet zwey Fälle: a) wenn die Ausschließung der in der Nov. 115. bestimmten nothwendigen Erben ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursach

78) Man erinnere sich hier an die *L. 30. C. h. t.* Das Schneidtische System hat ausführlich geprüft und widerlegt *F. Wilh.* GAMBSJAEGER in Diss. de testamento in Sp. inofficioso etc. P. IV. §. 2. Not. 3. pag. 54. seqq.

79) S. THIBAUT System des Pandect. R. 2. B. §. 819. S. 234. Book Lehre von der Enterbung §. 28—31. Weber zu Höpfners Commentar §. 525. Not. 2. S. 596. Neu ist übrigens diese Meinung gar nicht. Wir finden sie gerade so mit allen von Schneidt angeführten Gründen bey BALCKE lib. II. Elector. cap. 7. und *Alex. Arn.* PAGENSTECHER in Irnerio iniuria vapulante Coit. XXI. §. 14. et Coit. XXX. §. 4. et 5.

80) Observat. iuris civ. et Brandenb. Fascic. II. Obs. 27.

sach geschehen ist. Hier hält er das Testament seinem ganzen Inhalt nach für null. b) Ist aber eine gesetzmäßige Ursache angeführt, so findet nach seiner Lehre *Querela inoff. testam. iuris novi* Statt, wenn der eingesetzte Erbe die Wahrheit der angeführten Ursach nicht erweisen kann. Dabey aber bleibe die Erbfolge doch testamentarisch. Der Ausgeschlossene trete gleichsam als Substitut an die Stelle des eingesetzten Erben, bekomme aber zu seinem Erbtheile, was er ab intestato erhalten haben würde, und müße im Uebrigen die Verordnungen des Testaments an Vermächtnissen und so weiter gelten lassen. Allein dieses System steht mit den klaren Worten der Novelle in einem so offenbaren Widerspruche, daß es unter allen am wenigsten auf Beyfall rechnen kann. Herr Kanzler Koch [81]) hat es zum Ueberfluß schon näher geprüft.

Zuletzt verdient noch eine sogenannte Mittelmeinung Höpfners [82]) bemerkt zu werden. Er legt nämlich überhaupt das zweyte oder sogenannte Nullitäts-System zum Grunde, modificirt es aber darin, daß a) wo keine gesetzliche Ursache im Testament steht, zwar *Querela nullitatis* Statt finde, daß aber b) das Testament doch blos in Rücksicht des Enterbten null sey; daß also c) auch durch ein solches blos nach der 115. Novelle nichtiges Testament ein vorhergegangenes Testament nicht rumpirt werde; daß d) die *Querela nullitatis ex iure novo* nur 5 Jahre daure, und nicht auf die Erben gehe, wenn sie nicht vorbereitet ist. Allein nicht zu gedenken, daß diese Meinung anderen bekannten Grundsätzen des Rechts widerspricht,

81) Bon. Poss. §. 8. S. 150. folgg.

82) Commentar über die Institut. §. 525. Not. 2. S. 596.

spricht, indem nach dem Civilrecht ein nichtiges Testament nicht allein in Absicht auf den Notherben, sondern auch, falls derselbe vor dem Testirer versterben sollte, in Absicht aller Civilintestaterben null und nichtig ist [83]); so wird auch durch diese Mittelmeinung die vom Höpfner angenommene neue Klage zu einem Mitteldinge zwischen der Nullitäts- und Inofficiositätsklage gebildet, woran sicher Justinian nicht gedacht hat. Sehr ausführlich hat sich Herr Kanzler Koch [84]) auch gegen diese Meinung erklärt.

Auf solche Art sind nun freylich alle bisher vorgetragene Systeme noch vielem Zweifel unterworffen. Doch scheint mir noch immer das Inofficiositätssystem den Vorzug zu verdienen. Denn es findet sich in der ganzen Nov. 115. keine Spur, daß Justinian die Inofficiositätsklage bey der Ausschließung der Kinder und Eltern habe aufheben, und statt derselben ein neues Rechtsmittel einführen wollen. Nun ist zwar der Einwurff gar nicht unerheblich, daß ein Testament, welches nicht nach der Vorschrift des Gesetzes errichtet worden, an sich nichtig sey, die Inofficiositätsklage aber ein nach dem strengen Recht gültiges Testament voraussetze. Allein es ist noch die Frage, ob die Anführung einer gesetzmäsigen Ursache bey der Ausschließung der Kinder und Eltern dergestalt zur Form der Enterbung vorgeschrieben sey, daß ohne dieselbe das Testament nun schon an sich und ipso iure nicht bestehen könne. Daran glaube ich nun nach der ganzen Absicht und Faßung der Novelle mit Grunde zweifeln zu können. Denn die Absicht des Kaisers war nicht,

durch

83) *Pr. I. de Exheredat. liber. L. 7. L. 30. L. 32. D. de liber. et postum. L. 4. C. de liber. praeterit.*

84) Bonor. possess. S. 429. folgg.

durch die Nov. 115. eine neue Form der Ausschließung bey Kindern und Eltern einzuführen, sondern nur die Enterbungsursachen, welche vor seinen Zeiten ungewiß, und meist der Willkühr der Centumviralrichter überlassen waren, zu bestimmen, und dieselben durch ein immerwährendes Gesetz zur Gewißheit zu bringen [85]). Nun sagt zwar Justinian im Anfang des 3. und 4. Kap. der 115. Novelle: wenn Eltern ihre Kinder oder Kinder ihre Eltern enterben oder präteriren wollen, so solle ihnen solches anders nicht erlaubt seyn, als wenn sie eine rechtmäsige Ursache im Testament anführen, deren Wahrheit von dem eingesetzten Erben erwiesen werden kann. Allein diese Anführung einer rechtmäsigen Ursache erfordert Justinian nicht darum, damit das Testament an sich bestehe, sondern damit das Testament gegen alle Anfechtung gesichert sey [86]). Sie gehört also nur zur Rechtmäßigkeit der Ausschließung, aber nicht zur Form derselben, welche blos nach dem ältern Rechte zu beurtheilen ist [87]). Denn der Hauptzweck des Gesetzgebers gieng eigentlich nur dahin, die Kinder und Eltern gegen das Unrecht der Enterbung zu schützen, dem sie nach dem ältern Rechte bey der Ungewißheit der Enterbungsursachen ausgesetzt waren, wie Justi-

85) Dieses beweisen die Worte der Nov. 115. Kap. 3. ganz deutlich, wo Justinian sagt: *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas, et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis visae sunt ad ingratitudinem, — ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere.*

86) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liberis et postum. P. IV. cap. 3. §. 32.

87) Man s. vorzüglich *du* ROI Diss. de testamento ob exhéredationem sine elogio factam non ipso iure nullo §. 10.

Juſtinian ſich darüber ſelbſt ſehr deutlich erklärt hat, wenn er Kap. 5. der Nov. 115. ſagt: *Haec autem diſpoſuimus, ut et parentes et filios a teſtamentorum iniuria liberos reddamus.* Dieſem Unrecht glaubte ſich nun der Geſetzgeber dadurch am kräftigſten entgegen ſetzen zu können, wenn er gewiſſe Enterbungsurſachen beſtimmte, und dabey verordnete, daß eine oder etliche, deren Wahrheit der eingeſetzte Erbe zu erweiſen vermöchte, im Teſtament beygefügt werden ſollten. Daß nun aber, wenn dieſes nicht beobachtet worden, das Teſtament deswegen nicht ſchon an ſich ungültig ſey, erhellet daraus, weil der Geſetzgeber ausdrücklich ſagt, das Teſtament ſolle nur blos in Abſicht auf die Erbeinſetzung reſcindirt werden, übrigens aber gültig bleiben, et tanquam in hoc *non reſciſſum* obtineat teſtamentum. Wie läßt ſich bey dieſer Faſſung der Worte hier von der *L. 5. C. de Leg.* Gebrauch machen, in welcher es heißt: Ea, quae lege fieri prohibentur, ſi fuerint facta, non ſolum inutilia ſed *pro infectis* etiam habeantur? Das Teſtament, welches mit der Vorſchrift der Novelle nicht übereinſtimmt, müßte ja für nicht errichtet gehalten werden! Wie konnte nun Juſtinian, ohne Ungereimtheit, ſagen, es ſoll in Abſicht auf die Vermächtniſſe als nicht reſcindirt angeſehen werden? Der wichtigſte Grund, welcher dem Inofficioſitätsſyſtem entgegen geſetzt wird, iſt jedoch unſtreitig der, wenn man ſagt, daß die ganze Vorſchrift der Novelle 115. gar nicht mehr auf die Querela inofficioſi paſſe. Denn das Weſen dieſer Querel beſtehe darin, daß der Kläger behauptet, er habe die Enterbung nicht verdient. Iſt nun aber die Vorſchrift der Novelle nicht beobachtet, und das Teſtament wird aus dieſem Grunde angefochten, ſo komme gar nichts darauf an, ob

der

der Enterbte die Enterbung verdient habe, oder nicht. Gesetzt also auch, der Erbe könnte in dem Falle, da die Ausschließung eines Kindes ohne Anführung einer rechtmäßigen Ursache geschehen ist, beweisen, daß eine gerechte Ursache vorhanden sey, so wird er nach der Vorschrift der Novelle 115. mit diesem Beweiß nichts ausrichten, mit welchem doch der Beklagte gegen die querela inofficiosi testamenti Gehör finden müßte.

Allein man stelle sich nur die Sache aus ihrem wahren Gesichtspunkte vor, so wird auch dieser Einwurf leicht zu widerlegen seyn. Der Gesetzgeber geht von dem Grundsatz aus, die Enterbung, so wie die Präterition, ist eine Beleidigung des Notherben, der ein gegründetes Recht auf den Pflichttheil hat [88]). Auffallend ist dieses Unrecht, wenn Eltern

88) In den Gesetzen wird die Enterbung ausdrücklich eine *Iniuria* genannt; so nennt sie Papinian *L. 8. pr. D. h. t.* und Cajus sagt *L. 4. D. eodem:* Non consentiendum est parentibus, qui *injuriam* adversus liberos suos testamento inducunt. Tryphonin nennt sie *L. 22. D. eod.* eine *Indignatio.* Man hielt daher die Ausschliessung im Testament für eben so schimpflich, als es im Gegentheil für ehrenvoll gehalten wurde, im Testament zum Erben eingesetzt zu seyn; *L. 3. §. 2. D. de legat. praestand. c. T. bon. poss. petita. L. 52. §. 2. D. de iudic. L. 1. C. de B. P. contra tab.* CICERO *pro Quinctio* c. 4. *pro Caecinna* c. 4. QUINCTILIAN. *Declamat.* 332. SENECA *Declamat.* Lib. II. dec. 7. Daher werden die Erben immer *bonorati* genennt. Man vergleiche *Barn.* BRISSONII selectar. ex iure civ. Antiquitat. lib. IV. cap. 19. *Ev.* OTTONIS Papinianus Cap. VI. §. 2. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. I. cap. 19. *Henr. Io.* ARNTZENII Specim. Observation. (*Leovardiae 1761.* 8.) cap. 5. und *Car. Frid.* ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumv. lib. II. cap. 6. not. c. pag. 148.

Eltern ihre Kinder, und Kinder ihre Eltern ohne rechtmäßigen Grund ausschließen, da die erstern schon durch die Stimme der Natur, als durch ein stillschweigendes Gesetz, aufgefordert werden, die Erbschaft vor allen andern ihren Kindern, letzteren aber das Gesetz der Dankbarkeit für das Geschenk des Lebens und die Wohlthat der Erziehung die Pflicht auflegt, ihr Vermögen den Eltern aus Liebe zu hinterlassen, wenn sie turbato mortalitatis ordine vor denselben sterben [89]). Gegen dieses Unrecht will nun der Gesetzgeber die Kinder und Eltern schützen. Haec vero disposuimus, sagt er ausdrücklich Kap. 5. ut tam parentes, quam liberos *a testamentorum iniuria* liberemus. Es soll daher die Enterbung oder Präterition der Kinder und Eltern nur dann für gerecht gehalten, und das Testament nicht angefochten werden können, wenn nicht nur eine rechtmäßige Ursache vorhanden, sondern auch dieselbe im Testament namentlich

89) Paulus sagt *L. 7. D. de bonis damnator.* Ratio naturalis quasi *lex* quaedam *tacita*, liberis parentum hereditatem addicit; und von den Eltern sagt Papinian *L. 15. D. de inoff. testam.* Etsi parentibus non debeatur filiorum hereditas propter votum parentum, et naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet. An einem andern Orte *L. 7. §. 1. D. Si tabulae testam. nullae* stellt eben dieser Papinian folgende Vergleichung an. Non sic *parentibus* liberorum, ut *liberis* parentum debetur hereditas. Parentes ad bona liberorum *ratio miserationis* admittit, liberos *naturae simul* et *parentum commune* votum. Man vergleiche über diese Stellen *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. T. II. *Operum.* pag. 161. und *Ev.* Otto in Papiniano Cap. 10. §. 2. pag. 247. seqq. (edit. *Bremens.* 1743. 8.)

lich angeführt worden ist. Ist dieses nicht geschehen, so ist die Ausschließung für ungerecht und unbillig zu halten, und das Testament kann angefochten werden, wenn gleich der eingesetzte Erbe beweisen könnte, daß der Testirer eine rechtmäßige Ursache zur Enterbung gehabt habe. Denn eben dadurch, daß diese Ursache im Testament nicht angeführt worden ist, wird die Ausschließung, wenn sie auch übrigens mit dem besten Recht hätte geschehen können, doch nun ungerecht und pflichtwidrig. Betrachtet man die Sache von dieser Seite, so sehe ich nicht wohl ein, warum dieser Fall nicht zur Inofficiositätsklage geeignet seyn sollte, deren Wesen, wie Justinian [90]) sagt, darin besteht, daß der Kläger behauptet, er sey gegen Recht und Billigkeit enterbt oder präterirt worden. Die Vertheidiger des Nullitätssystems räumen selbst ein, daß die Querel des pflichtwidrigen Testaments nach der Nov. 115. alsdann begründet sey, wenn eine rechtmäßige Ursache angeführt worden, welche aber der Wahrheit nicht gemäß ist. Nun macht das Gesetz zwischen beiden Fällen, ob eine Ursache angeführt worden, oder nicht, keinen Unterschied, sondern das Testament soll in dem einen Falle eben so, wie in dem andern rescindirt werden, also muß auch in dem einen Falle sowohl, wie in dem andern die querela inofficiosi Statt finden, weil nirgends gesagt ist, daß diese Klage aufgehoben seyn solle, und auch keine neue eingeführt worden ist. Es ergiebt sich hieraus, daß, wenn gleich durch die Nov. 115. die Inofficiositätsklage in Rücksicht ihrer Wirkung bey den Kindern und Eltern modificirt worden ist, so ist ihr doch übrigens ein größerer Wirkungskreis angewiesen, indem sie nun in manchen Fällen mit glücklichem Erfolg angestellt werden kann, wo

90) *Princ. I. h. t.*

wo sie ehedem nicht Statt hatte. Denn nach dem ältern Rechte brauchte sich kein Testirer darüber zu erklären, warum er seine Notherben exheredirt habe, sondern das Testament blieb gültig, wenn nur der Erbe beweisen konnte, daß der Enterbte eine gegründete Veranlassung zu seiner Ausschliessung gegeben hatte. Allein nun ist die Querel bey Kindern und Eltern begründet, wenn keine Ursache angeführt worden, gesetzt auch daß eine noch so wichtige Ursache zur Enterbung vorhanden wäre. Ferner, so fiel ehedem die Querei weg, wenn dem Notherben der ihm gebührende Pflichtheil hinterlassen worden, es mochte erbeinsetzungsweise, oder unter einem singulären Titel geschehen seyn. Allein nach der Nov. 115. kann das Testament als pflichtwidrig angefochten werden, wenn den Kindern oder Eltern der Pflichtheil, ohne die verdiente Ehre der Erbeinsetzung, hinterlassen worden ist. Dahingegen ist der Gebrauch der Inofficiositätsklage auf der andern Seite wieder durch die Novelle 115. in so weit beschränkt worden, daß wenn es vorhin fast ganz dem Gutachten des Richters überlassen war, ob er ein Testament für pflichtwidrig erkennen wollte, oder nicht, derselbe nunmehr nach dem neuern Gesetz an bestimmte Thatsachen gebunden ist, in Ansehung deren keine ausdehnende Erklärung Statt findet.

Das Resultat von diesem allen besteht nun darin. Sind Notherben nicht instituirt, so sind sie entweder präterirt, oder enterbt worden.

I) Sind sie präterirt, so ist es entweder

1) in dem Testament eines väterlichen Ascendenten geschehen; und dann sind sie entweder

a) ganz mit Stillschweigen übergangen.

Hier können die zur Zeit des Testaments schon gebohrnen Descendenten das Testament als von Anfang an nichtig, die Postumi aber als ruptum anfechten. Sie können sich auch, wenn sie wollen, der *Bon. possessio contra tabulas* bedienen. Oder

b) der Pflichttheil ist den Kindern zwar hinterlassen, aber nicht auf eine solche Art, wie es billig hätte geschehen sollen, er ist ihnen, ohne sie zu Erben einzusetzen, blos als ein Legat hinterlassen worden.

Hier kann das Testament nach der Nov. 115. als inofficiosum angefochten werden. Denn die Präterition ist in diesem Falle einer pflichtwidrigen Exheredation gleich zu achten.

2) Ist die Präterition der Notherben nicht von einem väterlichen Ascendenten, sondern von einem andern Testirer geschehen, so hat sie die Wirkung der Exheredation.

II) Sind die Notherben exheredirt, so ist die Enterbung entweder

a) nach der Form des ältern Rechts ungültig.

Hier macht sie blos das Testament eines väterlichen Ascendenten nichtig. Denn sie wird einer Präterition gleich geachtet. Oder

b) die Enterbung ist nach dem ältern Rechte gültig. Hier ist wieder zu unterscheiden, ob die Ausschließung aus einer gerechten und wahren Ursache geschehen ist, oder nicht. Im ersten Falle findet gar keine Klage Statt. Im letztern Falle aber kann das Testament als pflichtwidrig angefochten werden, und zwar

1) von Kindern und Eltern, wenn ihre Ausschließung entweder ohne Anführung einer in der Nov. 115.

bestimmten Ursache geschehen, oder die angeführte Ursache zwar eine in diesem neueren Gesetz gebilligte ist, deren Wahrheit aber von dem eingesetzten Erben nicht erwiesen werden kann, jedoch nur in Absicht auf die Erbeneinsetzung. Alle übrige Verordnungen in dem Testament bleiben gültig.

2) Von Geschwistern hingegen, wenn ihnen eine schändliche oder verächtliche Person ist vorgezogen worden. Die Rechtmäsigkeit der Ursache ihrer Ausschließung ist jedoch, da es hier an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, der Beurtheilung des Richters zu überlassen. Die Querel fällt auch bey denselben ganz weg, wenn ihnen auf jenen Fall der Pflichttheil unter irgend einem Titel, es sey auf den Todesfall oder unter den Lebendigen, ist zugewendet worden. Die ihnen zustehende Inofficiositätsklage ist übrigens ganz die alte, wie sie vor der Novelle 115. beschaffen war.

Nach dieser Darstellung wäre nun also ein *testamentum inofficiosum*, ein pflichtwidriges Testament, ein solches, welches zwar in Absicht auf die Form an sich nicht ungültig ist, aber doch aus dem Grunde angefochten werden kann, weil einem Notherben der ihm gebührende Pflichttheil entweder auf eine rechtswidrige Art durch gänzliche Ausschließung entzogen, oder wenigstens nicht auf die Art hinterlassen worden ist, wie es das Gesetz dem Erblasser zur Pflicht machte [91]).

91) Westphal von Testamenten §. 1006. sagt: „Ein unbilliges, pflichtwidriges Testament ist dasjenige, worin die, welchen man den Pflichttheil schuldig war, auf eine solche Art davon ausgeschlossen worden sind, daß zwar wider die Form des Testaments nichts einzuwenden ist, aber dennoch der Erblasser die Beschuldigung verdient, daß er ohne rechtmäßige

§. 552.

Verschiedene Art ein Testament, als pflichtwidrig, anzufechten. Begriff der *Querelae inoff. testamenti*. Natur derselben.

Das Rechtsmittel wider ein pflichtwidriges Testament ist nun die *Querela inofficiosi testamenti*, deren eigenthümliche Natur und Wirkungen ich jetzt noch näher erklären will. Um den Begriff dieses Rechtsmittels richtiger, als es gewöhnlich, und insonderheit auch hier von unserm Verfasser [92]), geschieht, zu bestimmen, muß ich vor allen Dingen bemer-

mäßige Ursache die Ausschliessung vorgenommen habe." HAUBOLD hingegen in Diss. de different. inter testamentum nullum et inofficiosum Cap. 2. pag. 7. bestimmt den Begriff dahin: *Testamentum inofficiosum* est id, in quo aut liberi *ex iusta sed falsa causa* a *patre* exheredati, aut liberi nepotesve a *matre* vel *avo materno*, parentes item a *liberis*, ac fratres et sorores a *fratribus* et *sororibus* turpi persona instituta, *ex causa iniusta* vel *falsa* exheredati vel omnino praeteriti sunt. Daß es diesen Begriffen an richtiger Bestimmung fehlt, ist schon in Steins Versuche einer theor. pr. Abhandlung über die Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Testamenten §. 7. gezeigt worden. Die meisten Rechtsgelehrten stimmen jedoch darin überein, daß ein *Testamentum inofficiosum* ein solches zu nennen sey, in quo personae, quibus ex defuncti hereditate debetur legitima, *rite* quidem, sed *inique* et contra officium pietatis exclusae sunt. So HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1692. REUTER in Diss. de effectu querelae inoff. testamenti iuxta ord. edicti successorii institutae intuitu non querentis §. 20. Nur darin gehen sie freylich von einander ab, wenn gefragt wird, wann eine Ausschließung *rite* und wenn sie *inique* geschehen ist.

92) Hellfeld sagt: QUERELA INOFFICIOSI est *actio competens heredibus necessariis ex iusta quidem, ast falsa causa exheredatis,*

bemerken, daß ein Testament auf dreyerley Art, als pflichtwidrig, angefochten werden kann, nämlich entweder durch eine Exception, oder durch eine Klage, oder durch eine Replic[93]). Man unterscheide folgende Fälle. Der ausgeschlossene Notherbe ist entweder in dem Besitz der Erbschaft, oder nicht. In dem erstern Falle kann er seine Beschwerde gegen das Testament als eine Einrede vorbringen, wenn ihn der eingesetzte Erbe mit der Erbschaftsklage belangt. Hier wird die Querel Präjudiz für die von dem geschriebenen Erben erhobene hereditatis petitio, und sie ist, wie die Klage, auf die Rescission des pflichtwidrigen Testaments zu richten. Denn das rechtsgültige Testament muß zuvor aufgehoben seyn, ehe der Kläger abgewiesen werden kann[94]). Hierher gehört, wenn Ulpian[95]) sagt: Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis:

tis, contra heredem in testamento scriptum, ad id, ut testamentum quoad formam recte conditum rescindatur, sibique hereditas ab intestato concedatur.

93) S. *Bern. Henr.* REINOLDI Diss. de causis, in quibus etiam nunc Querela I. T. est necessaria. §. IV. in *Opuscul.* pag. 342.

94) Die Einrede, daß das Testament, worauf der Erbe seine Klage gegründet hat, pflichtwidrig, und als ein solches zu rescindiren sey, ist also eine exceptio praeiudicialis, welche die Wirkung hat, daß das Urtheil, ob dem Kläger die Erbschaft nach dem Testament zuzuerkennen sey, solange suspendirt bleiben muß, bis über die Einrede des pflichtwidrigen Testaments erkannt worden. S. *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. II. und besonders *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de exceptione praeiudiciali Cap. I. §. II. seqq.

95) *L. 8. §. 13. D. h. t.*

ſcriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero *in modum contradictionis querelam inducat*; quemadmodum *ageret*, ſi non poſſideret, ſed peteret, wo die letzteren Worte offenbar den Inhalt des gerichtlichen Antrags bezeichnen, und, wie Schilter [96]) ganz richtig bemerkt, dahin deuten, *ut teſtamentum*, tanquam inofficioſum, *reſcinderetur*. Das Eigene dieſer Querel beſteht darin, daß ſie hier nicht als eine hereditatis petitio erſcheint, wo der Enterbte bereits im Beſitz der Erbſchaft iſt, ſondern als ein bloſes iudicium reſcindens zu betrachten iſt, welches doch am Ende, wie jede andere Exception, hauptſächlich nur die Abweiſung des Klägers zum Zweck hat [97]).

In dem letztern Falle hingegen, da der Enterbte nicht in dem Beſitz der Erbſchaft iſt, muß derſelbe als Kläger auftreten, und er kann nun nach ſeinem Gefallen entweder die Inofficioſitätsklage, oder, ohne des pflichtwidrigen Teſtaments in der Klage Erwähnung zu thun, die ſimple *hereditatis petitio* anſtellen, und wenn denn der Erbe dem Kläger die Einrede entgegen ſetzt, daß ein Teſtament vorhanden ſey, worin der Kläger aus einer rechtmäßigen Urſache enterbt worden, ſo kann nun der Kläger in der Replic anführen, daß er die Enterbung nicht verdient habe, indem die Urſache nicht gegründet ſey, und

der

96) Praxis iuris Rom. Exercit. XI. §. 32. pag. 244.

97) Man ſehe hier vorzüglich Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück Nr. I. beſonders S. 13. Vergleiche jedoch, was dagegen erinnert worden iſt in der Tübingiſchen allgemeinen juriſtiſchen Bibliothek. 1. Band (Tübingen 1796.) S. 347. folg.

der Beklagte die Wahrheit derselben nie werde beweisen können. Er kann daher noch hier das Gesuch anbringen, daß das Testament, als pflichtwidrig, rescindirt, und er, der Kläger, für des Verstorbenen Intestaterben erklärt werde [98]).

Die Querel des pflichtwidrigen Testaments wäre nun also auf folgende Art richtiger zu definiren, wenn man sagt, sie sey dasjenige Rechtsmittel, dessen sich Notherben, welche zwar auf eine an sich nicht ungültige aber doch unrechtmäßige Art präterirt oder exheredirt worden sind, wider den eingesetzten Erben sowohl, als einen jeden andern in desselben Stelle eintretenden Nachfolger bedienen, und welches dahin gehet, daß das errichtete Testament, als ein pflichtwidriges, aufgehoben, folglich Kläger für des Verstor-

98) Daß es heut zu Tage angehe, die Beschwerde wider ein pflichtwidriges Testament als Replic anzubringen, ist außer Zweifel. Man sehe nur CARRACHII Adnotation. ad *Boehmeri* doctr. de actionibus Sect. II. Cap. 3. §. 30. ad v. *potest.* und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1690. Not. b. p. 854. Allein daß dieses auch dem Römischen Rechte gemäß sey, erhellet aus der richtigen Erklärung einer Stelle des Paulus lib. IV. *Receptar. Sententiar.* Tit. 5. §. 4. wo er sagt, *Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur.* Diese Worte haben, wie *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 158) zeigt, offenbar keinen andern Sinn, als den: Wer ein Testament als pflichtwidrig anfechten kann, dem ist es unverwehrt, auch die simple Erbschaftsklage sogleich anzustellen, und kann nachher, wenn ihm die exceptio testamenti entgegen gesetzt wird, dieselbe durch die Replic entkräften, daß das Testament pflichtwidrig und daher zu rescindiren sey. Man sehe auch VINNIUS in select. iuris Quaestion. lib. I. cap. 19. in fin.

benen Intestaterben erklärt, und, wenn sie als Klage erhoben wird, der Beklagte verurtheilt werde, die Erbschaft mittelst eines rechtsbeständigen Inventariums oder in dessen Ermangelung, einer eidlichen Specification dem Kläger mit allen Nutzungen und Zubehörungen herauszugeben [99]). Wird diese Querel als Klage gebraucht, in welchem Falle sie auch *actio inofficiosi* [100]) genennt wird, so ist sie eine wahre und zwar qualificirte Erbschaftsklage. Denn die Gesetze [1]) sagen ausdrücklich, per inofficiosi actionem *ipsam peti*

99) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 544. Ausserdem sind noch zu bemerken *Christ. Henr.* BREUNING Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in legitima et querela inoff. test. liberorum. *Lipsiae* 1762. *Car. Frid.* PAELICKE Diss. de erroribus quibusdam circa querelam inofficiosi testamenti. *Helmstadii* 1763. *Christ. Frid. Benjam.* HOMMEL Diss. de differentiis inter querelam inofficiosi, quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. *Erfordiae* 1773. *Ge. Casp.* DE AHNA Diss. de querela inofficiosi testamenti fratrum in specie. *Altorfii* 1697. besonders *Ed.* SCHRADER Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testamenti. *Goett.* 1802. *Christ. Frid. Bern.* FUNK Comment. in controv. iur. civ. de nexu inter successionem ab int. et querelam inofficiosi testamenti, an quidem et quatenus ab illa ad hanc argumentum duci possit? *Goet.* 1802. u. *I. C.* RODBERTI Commentat. historico-dogmatica de querela inofficiosi testamenti P. I. continens historiam querelae testam. inoff. usque ad Constantinum M. Imp. *Goettingae 1802.*

100) *L. 12. §. 3. L. 15. §. 2. D. h. t. L. 25. L. 27. et L. 30. Cod. eodem.*

1) *L. 8. §. 8. D. h. t. L. 20. L. 21. §. 2. L. 27. §. 3. D. eod. L. 7. §. 1. D. de heredit. petit. L. 20. D. de bon. poss. c. Tab.* und *L. 3. C. de hered. petit.* Man vergleiche hier Steins angef. Abhandlung §. 22. Not. b. S. 79.

peti hereditatem, nec ullam aliam, quam *hereditatis petitionem* exerceri. Ja Juſtinian [2]) nennt die Inofficioſitätsklage eine *hereditatis petitionem ex nomine de inofficioſo*. Wenn daher mehrere ſowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte [3]) die Inofficioſitätsklage dennoch nur für ein vorbereitendes Rechtsmittel halten wollen, wodurch man ſich blos den Weg zur hereditatis petitio zu bahnen ſuche, und mit welchen alſo nur die Reſciſſion des pflichtwidrigen Teſtaments gefordert, die Herausgabe der Erbſchaft ſelbſt hingegen nur erſt demnächſt mit der nun anzuſtellenden, oder heut zu Tage mit der Querel zu cumulirenden hereditatis petitio bewirkt werden könne, ſo iſt dies eine eben ſo unerweisliche und von andern [4]) längſt widerlegte

2) *L. 34. Cod. de inoff. teſtam.*

3) RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 13. *Franc.* BROEUS in Expoſitionib. in Imp. Iuſtiniani Inſtitut. h. t. §. 4. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. *Ev.* OTTO in Commentar. ad Inſtitut. h. t. in Princ. nr. 6. *Io. Hartw.* REUTER Diſſ. de effectu querelae inoff. teſtam.. iuxta ord. edicti ſucc. §. 26—29. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diſſ. de victoria querelae inofficioſi tertio proficua. *Lipſiae 1719.* §. 10. WOLTAER in Obſervat. iur. civ. Faſc. II. Obſ. 27. §. 2—4. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Succeſſionib. §. 264. und HAUBOLD in Diſſ. de differ ent. inter teſtam. nullum et inoff. Cap. IV. pag. 16.

4) *Arn.* VINNIUS in ſelect. iur. Quaeſt. Lib. I. cap. 19. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 157. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. pag. 396. not. 11. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXXXI. §. 18. ſeq. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. pag. 725. Weſtphal von Teſtamenten §. 1019. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1690. not. b. und SCHRADER in Commentat. cit. §. 53—61.

legte Hypothese, als Anton Fabers [5]) Meinung, daß die Querel ursprünglich eine Volksklage gewesen wäre. Denn Niemand kann die Inofficiositätsklage mit Nutzen anstellen, als dem die Erbschaft, von welcher er durch das liebelose Testament ist ausgeschlossen worden, auch zunächst ab intestato zugestanden haben würde. Dies lehrt Ulpian [6]) ganz deutlich, wenn er sagt: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, nemo enim eum repellit, et *casu* obtinuerit, *non ei prosit victoria*, sed his, *qui habent ab intestato successionem.* Man kann also wohl sagen, daß die Inofficiositätsklage ein Intestaterbrecht zum Grunde habe [7]). Diesem ist auch nicht entgegen, daß diese Querel ein testamentum

5) Rational. ad Dig. ad L. 1. h. t. Er beruft sich auf die *L. 1. D. h. t.* welche Stelle er so emendirt: Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas: *omnibus enim de inofficioso licet disputare.* Alles übrige hält er für unächten Zusatz. Allein diese sonderbare Grille hat schon *Corn. van* BYNCKERSHOEK in Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 5. zur Genüge widerlegt; zum Ueberfluß auch SCHRADER cit. Commentat. §. 6.

6) *L. 6. §. 1. D. h. t.* Man sehe, was ich an einem andern Orte (§. 543. S. 3.) über diese Stelle bemerkt habe.

7) *Pet. de* TOULLIEU in Diss. de Querela inofficiosi (in *Collectan.* iur. civ. *Groeningae 1737.* 4. pag. 230. seqq.) sagt, die Querel des liebelosen Testaments sey zwar von jeher bey den Römern eine wahre petitio hereditatis gewesen, jedoch anfangs nicht sowohl *ab intestato*, als vielmehr eine *actio ex lege naturae ob delictum neglecti contra pietatem iusti sanguinis.* Allein nach dem neuesten Rechte und heut zu Tage sey sie eine bloße *petitio hereditatis ab intestato.* Man sehe jedoch, was PÜTTMANN in Interpretct. et Observation. Cap. 31. dagegen erinnert hat.

tum rite conditum voraussetzt. Denn das Daseyn eines Testaments schließt die Intestaterbfolge nur dann aus, wenn es ein in aller Rücksicht gültiges Testament ist, welches auf keine Weise angefochten werden kann. Allein hier ist von einem pflichtwidrigen Testament die Rede, wodurch die Intestaterbfolge nicht ausgeschlossen, sondern nur bis zu desselben Rescission gehindert wird.

§. 553.

Ursprung der Querelae inofficiosi.

Mit Recht schreibt unser Verfasser den Ursprung dieser Querel einer Erfindung der Römischen Rechtsgelehrten zu. Dies beweißt die Fiction, welche man bey der Einführung der Querel zu Hülfe nehmen mußte, deren Marcian [8]) gedenkt, unwidersprechlich. Eines solchen Vorwandes, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen seyn könne, welcher, taub gegen die Stimme der Natur, ein so liebloses Urtheil über seine nächsten Blutsfreunde gesprochen, hätte es, wie Everhard Otto [9]) sehr richtig bemerkt, nie bedurft, wenn die Inofficiositätsquerel gleich anfangs durch ein ausdrückliches Gesetz wäre eingeführt worden. Man muß sich daher billig wundern, wie bey dieser Evidenz des Beweises dennoch die Hypothese des Cujaz [10]), daß die Querel durch eine gewisse *Lex Glicia*, deren

8) *L.* 2. *D. h. t.*

9) Commentar. ad Pr. I. h. t.

10) Observation. Lib. II. cap. 21. und Lib. XIV. cap. 14. Beyde Stellen findet man mit den gelehrten Anmerkungen des Herrn Dir. ZEPERNICK abgedruckt bey SICCAMA de iudicio centumvirali (*Halae 1776.*) pag. 278—283.

deren in der Inscription der *L.* 4. *D. h. t.* gedacht wird, sey eingeführt worden, soviel Beyfall finden können [11]); noch mehr aber muß man den unnützen Aufwand von Gelehrsamkeit bedauern, mit welchem noch in neuern Zeiten jene Cujazianische Hypothese, der gründlichen Widerlegung bey Cornelius von Bynkershök ungeachtet [12]), in einer eigenen Schrift [13]) hat unterstützt werden mögen. Man kann immerhin zugeben, daß die Inscription der L. 4 D. h. t. GAIUS *lib. singulari ad Legem Glitiam*, so wie sie auch in der Florentine gelesen wird, unverfälscht, und die darin

11) Dem Cujaz sind beygetreten *Ant.* AUGUSTINUS de Legibus et SCtis (*Parisiis 1584.* f.) in *L. Glitia* pag. 65. Doch schwankt er. *Vereor tamen*, sagt er, *ne non mendosus hic locus sit.* Mit mehrerer Zuverläßigkeit stimmen dem Cujaz bey *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. c. 6. *Io. Vinc.* GRAVINA de Legib. et SCtis cap. 80. (*Oper.* pag. 411. Edit. *Mascov.*) *Dion.* GOTHOFREDUS ad L. 4. D. h. t. *Guid.* PANZIROLLUS in Thes. variar. lection. Lib. II. c. 23. und *Ant.* TERRASSON histoire de la Iurisprud. pag. 125.

12) Observation. Iur. Rom. lib. II. cap. 12.

13) *Car.* LOVARDUS in libro de vera origine querelae inoff. testamenti e Lege Glicia. *Dresdae 1762.* 8. Jedoch weicht (Volhard) darin ab vom Cujaz, daß er den M. CLAUD. GLICIA für den Urheber des Gesetzes hält, auf dessen Vorschlag es während seines Tribunats im Jahr 514. oder 516. der Erb. R. soll gegeben worden seyn; dahingegen Cujaz die *L. Glicia* einem gewissen Dictator *Glicia* zuschreibt, und es ins Jahr der Erb. Roms 504. setzt. Die Gründe dieser Schrift sind vom H. Dir. Zepernick ad *Siccamam* de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 6. Not. e. pag. 149 seqq. gründlich geprüft und mit der diesem eleganten Rechtsgelehrten eigenen Gelehrsamkeit widerlegt worden.

darin erwähnte Lex Glicia kein Figment sey, wofür sie Bynkershök und Abraham Wieling [14]) halten wollen. Denn die Gründe, welche Christ. Henr. Breuning [15]) für die Aechtheit jener Aufschrift anführt, sind nicht unerheblich. Und dieser Meinung ist auch Carl Friedrich Walch [16]). Allein daraus folgt doch noch nicht, daß durch diese *Lex Glicia* die Querel sey eingeführt worden. Noch viel weniger Beyfall verdient jedoch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [17]), welche den Ursprung der Inofficiosität. Querel gar erst aus den Constitutionen der Kaiser herleiten wollen. Denn wie hätte schon zu den Zeiten des Römischen Freystaats die Querel gegen liebloses Testamente mit solcher Wirkung vor dem Centumviralgericht angestellt werden können, als die Beyspiele bey Valerius Maximus [18]) und Cicero [19]) zeigen, wenn jene Behauptung wahr wäre? Man kann endlich auch die Querel nicht unmittelbar aus dem Edict des Prätors

14) Iurisprud. restituta pag. 66.

15) Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in legitima et Querela inoff. T. liberorum. Cap. 4.

16) Diss. de querelae inoff. donationis praescriptione. §. 1. Not.*. pag. 2.

17) *Franc.* DUARENUS ad Tit. Dig. de inoff. test. Cap. 2. und *Car. Died.* REICHHELM Diss. de origine querelae inofficiosi testamenti. *Halae 1795.* 8. Sect. I. §. 7.

18) Lib. VII. cap. 7. Einen schönen Commentar über die Stelle des Valerius Maximus hat *Ant.* SCHULTING in Diss. de testamentis rescissis (*Commentation. academ.* Vol. I. Diss. 6.) geliefert.

19) In *Verrem* Orat. I. cap. 42.

tors herleiten. Pirhöus [20]) ist zwar dieser Meinung, und glaubt, daß sie durch eine Stelle des Paulus [21]) vollkommen unterstützt werde, welcher sagt: Qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi, aut infantes et peregrinantes, quibus bonorum possessionis (jus) *propter praetoriam actionem* non erit necessarium. Dieser Beweis leuchtete auch dem gelehrten Hersteller des Edicti perpetui, Wilhelm Ranchin [22]) dergestalt ein, daß er gar keinen Anstand fand, uns folgende verba Edicti veluti legitima darzustellen: *Si quis testamentum inofficiosum dicere velit, eo, quod iniuste se exheredatum aut praeteritum esse queratur, neque ei quarta pars debitae portionis ab intestato relicta fuerit, inofficiosi testamenti intra quinquennium ei actionem dabo.* Diese Meinung fand nachher bey mehreren Rechtsgelehrten [23]) Beyfall. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß der Prätor zuerst liebloſe Testamente umgestossen habe, woran uns eine Stelle des Valerius Maximus [24]) nicht zweiffeln läßt; so kann doch der Prätor um

20) Ad Collation. Leg. Mosaic. et Romanar. Tit. XVI. §. 3.

21) *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 8. §. 5. in *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejustin.* pag. 408.

22) In Edicto perpet. restit. Lib. V. Tit. 3.

23) *Hier. de* OROZ de Apicibus iur. civ. Lib. I. cap. 5. nr. 13. *Herm.* VULTEJUS ad Princ. I. de inoff. testam. nr. 3. *Chr.* BESOLDUS in Delibatis iur. Lib. V. Qu. 17. *Car. Frid.* PAELICKE Diss. de erroribus quibusd. circa Querelam inoff. testam. Sect. I. §. 2. u. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Specim. Observat. iur. civ. Cap. 5. pag. 28.

24) Lib. VII. cap. 7. Ex. 5. *Egregia quoque* C. CALPURNII PISONIS, *Praetoris urbani, constitutio. Cum enim ad eum Terentius*

um deshalb nicht für den Urheber der Querel des liebloſen Teſtaments gehalten werden, weil Ulpian [25]) ganz das Gegentheil lehrt, wenn er ſagt: *Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittendos: ſicuti nec iure civili teſtamenta parentium turbant. Sane ſi velint inofficioſi querelam inſtituere, eſt in ipſorum arbitrio.* Der Prätor ſcheint alſo in dem Falle bei Valerius Maximus dem Vater nur die bonorum poſſeſſionem *unde cognati* gegeben zu haben, um die Inofficioſitätsklage anſtellen zu können [26]). Es kann daher die *actio praetoria* in der oben angeführten Stelle des Paulus ſchwerlich die Querel des liebloſen Teſtaments andeuten. Ich kann aber doch auch dem Schulting [27]) nicht Recht geben,

tius ex octo filiis, quos in adoleſcentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum ſe querelam detuliſſet: bonorum adoleſcentis poſſeſſionem ei dedit, heredesque lege agere paſſus non eſt. Movit profecto PISONEM *patria majeſtas, donum vitae, beneficium educationis: ſed aliquid etiam flexit circumſtantium liberorum numerus, quod cum patre ſeptem fratres impie exheredatos videbat.* Valerius Maximus meint hier denjenigen C. CALPURNIUS PISO, welcher im Jahr 542. der Erb. R. unter dem Conſulat des P. Sulpicius Galba und Cn. Fabius Centumalus die Prätur verwaltet hat. S. *Steph.* PIGHIUS Annal. Lib. IX. pag. 181. und PATIN Familiae Rom. ex nummis pag. 56. Es muß ſonach ſchon über hundert Jahre vor dem Cicero die Querela inofficioſi bekannt geweſen ſeyn. S. HEINECCII Diſſ. de levis notae macula ad L. 27. C. de inoff. teſtam. §. XI. (in EIUSDEM *Opuſculor. varior. Sylloge* Halae 1735. 4. pag. 281.)

25) *L. 8. pr. D. de bon. poſſ. contra tab.*

26) S. SCHULTING Diſſ. de teſtamentis reſciſſis §. 5. pag. 289.

27) Iurisprud. Antejuſtin. pag. 408. Not. 17.

ben, wenn er darunter die hereditatis petitio praetoria oder possessoria verstehen will. Es scheint auch nicht, wie Heineccius [28]) annimmt, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemeint zu seyn, welche der Kr. Alexander, unter welchem Paulus lebte, den Kindern und Abwesenden gegen die unterlassene Anstellung der Querelae inofficiosi gegeben hatte [29]); sondern ich glaube vielmehr, daß Paulus unter der praetoria actio das *Interdictum quorum bonorum* versteht, welches nach der Verordnung der Kr. Severus und Antoninus [30]) auch dem Civil-Erben, und wie Voet [31]) mit Recht behauptet, auch dem Suus heres zusteht. Dieses Interdict konnte Paulus zu seinen Zeiten mit Recht eine actio praetoria nennen, da der Proceß der Interdicte mit dem der Actionen darin übereinkam, daß der Prätor auch hier einen Judex instruirte, den Streit zu untersuchen und zu entscheiden [32]). Daher braucht Paulus [33]) selbst den Ausdruck *reddere interdicti actionem*. Es bleibt indessen alles blos Conjectur, zum Beweis, wie schwankend das Argument ist, welches man aus jener Stelle des Paulus für die Ableitung der Querel aus dem Edict

des

28) In Dissertat. cit. §. 10. (*Opuscul. var.* pag. 278.)

29) *L. 1. Cod. de in integr. restitut. minor.*

30) *L. 1. Cod. Quor. bonor.*

31) Comment. ad Pand. T. II. Lib. XLIII. Tit. 2. §. 1.

32) *Ian. a* COSTA in Comment. ad princ. I. de Interdict. von Savigny Recht des Besitzes §. 34. S. 328.

33) *Sentent. Receptar.* Lib. V. Tit. 6. §. 10. Man sehe auch *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de Interdict. nr. 4. pag. 571.

des Prätors hernimmt [34]). Die richtigste Meinung bleibt daher immer diejenige, welche auch von den meisten Rechtsgelehrten [35]) angenommen wird, nämlich daß die Querela inofficiosi als eine Erfindung der römischen Rechtsgelehrten durch die Praxis der Centumviralgerichte eingeführt worden sey. Mehrere Rechtsgelehrte [36]) wollen jedoch daran zweifeln, daß der *color insaniae* gleich anfangs zur Begründung der Querel sey gebraucht worden, um das neue Recht an das 12 Tafelgesetz anzupassen, weil ursprünglich nicht blos Blutsfreunde, sondern auch andere innigverbundene gute Freunde zur Querel wären gelassen worden. Man führte die Querel ein, geleitet vom Gefühl der Pflicht, dankbar und gegen seine Freunde liebevoll zu seyn, zumal da die Rö-

34) Vergleiche auch *Io.* RICHEI Vindiciae Praetoris Rom. et iuris honorarii. (*Lugd. Batavor. 1748.* 8.) §. XV.

35) *Franc.* HOTOMANN. in Diss. de quarta legitima. Cap. I. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. cap. 3. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper*, pag. 156. *Io. Fernand. de* RETES in Adversar. ad h. Tit. Cap. 16. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 524.) *Ian. a* COSTA ad pr. I. h. t. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 12. *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. I. c. 11. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. pag. 441. BACH in Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. 5. §. 4. BREUNING Diss. de legitima et querela inoff. testam. Cap. 4. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de origine querelae inofficiosi. *Halae 1739.* HAUBOLD Diss. de differ. inter testam. nullum et inoff. Cap. 3. pag. 11. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudic. centumvir. lib. II. c. 6. not. f. pag. 151. Westphal von Testamenten §. 1010. Höpfner im Commentar §. 534. u. a. m.

36) *de* WATER c. l. pag. 56. und RODBERTUS in Comm. de historia querelae testam. inoff. Sect. I. §. 5—9. et Sect. II. §. 11.

mer nicht eben aus Geldgeitz, sondern mehr aus einem gewissen Ehrgefühle recht sehr wünschten, im Testament bedacht zu werden. Erst in der Folge sey diese Willkühr in Ansehung der Querel beschränkt, und dieselbe als ein Mittel für den Nothfall beybehalten worden. Nun erst, vielleicht gegen die Zeiten des Cäsars und Augustus, habe man ihr die bekannte Erdichtung zum Grunde gelegt, welche dann die Ursache geworden, daß man nach der Rescission des Testaments die Intestaterbfolge eintreten ließ, weil man annahm, der Testirer, als ein Nichtsinniger, sey ohne Testament dahingestorben. Allein daß auch Nichtverwandte des Testirers wären zur Querel gelassen worden, ist eine Hypothese, welche schon Seger [37]) so gründlich widerlegt hat, daß man sich billig wundern muß, wie sie dennoch bey mehrern neuern Rechtsgelehrten [38]) hat Beyfall finden mögen.

§. 554.

Wem steht die *Querela inofficiosi* zu?

Wer die Querel des lieblosen Testaments mit Wirkung anstellen will, muß nicht nur der nächste Intestaterbe seyn, sondern auch ein Recht zum Pflichtheil haben. Die eine Eigenschaft ist allein ohne die andere nicht hinreichend. Denn so haben z. B. vollkommen adoptirte Kinder nach der Analogie der Novelle 118. zwar ein Intestaterbfolgerecht in Ansehung ihres leiblichen Vaters, allein kein Recht zur Querel,

37) Obsservation. iuris civ. *Lipsiae 1768.* Obs. 2.

38) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 158. FUNK Commentat. de nexu inter succeff. ab int. et querelam inoff. teft. §. 11. Man sehe jedoch dagegen SCHRADER in Commentat. eiusd. argum. Sect. I. §. 7.

rel, wie Schrader [39]) sehr gut gezeigt hat; und unvollkommen Adoptirte beerben zwar ihren Civilvater ab intestato, allein eine Querel können sie gegen desselben Testament nicht anstellen, da sie keine Notherben sind [40]), obwohl deren Daseyn macht, daß die Eltern, denen sonst der Pflichttheil gebührt, nun die Querel mit Nutzen nicht anstellen können, weil ihnen die unvollkommen adoptirten Kinder in der Intestaterbfolge vorgehen [41]). Eben so ist es, wenn ein Halbbruder von väterlicher Seite mit leiblicher Geschwister Kindern concurrirt. Hier kann erster nicht klagen, wenn auch der Testamentserbe eine persona turpis wäre [42]). Denn er ist nicht der nächste Intestaterbe, weil ihm nach der Nov. 118. Kap. 3. der leiblichen Geschwister Kinder bey der Intestaterbfolge vorgehen, wenn diesen gleich kein Recht zur Querel zusteht [43]). Vor allen können nun diese Querel anstellen

1) Descendenten des Testirers, insofern ihnen der Pflichttheil gebührt, (§. 543. S. 564. des 6. Theils) sie mögen zur Zeit des Testaments schon gebohren gewesen seyn, oder nicht. Denn auch den *Postumis* steht die Querel zu [44]), wie Hellfeld hier mit Recht behauptet. Nur insofern sie vom Vater oder väterlichen Ascendenten sind präterirt worden, rumpiren sie das Testament. Mehrere Rechtsgelehr-

39) Comm. de nexu succ. ab int. et querelae I. T. §. 30.

40) *L. 10. pr. Cod. de adopt.*

41) Man sehe oben §. 543. S. 18. dieses 7. Theils.

42) S. SCHRADER cit. Commentat. §. 69.

43) *L. 21. C. h. t.*

44) *§. 2. I. h. t. L. 6. pr. D. eod. L. 3. C. eodem.*

te [45]) sind zwar der Meinung, daß eine Enterbung eigentlicher Postumorum nach der Nov. 115. Kap. 3. nicht mehr gelten könne, weil eine rechtmäßige Ursache der Enterbung bey denselben durchaus nicht denkbar sey. Das Testament sey also in einem solchen Falle schon an sich nichtig. Allein diese Meinung beruhet auf der Voraussetzung, daß die Anführung einer rechtmäsigen Ursache zur Form und Gültigkeit der Exheredation erfordert werde, welche doch nur, wie oben gezeigt worden, zur Rechtmäßigkeit derselben erfordert wird. Es ist daher solchen Postumis die Inofficiositätsklage um so gewisser, da das Unrecht der Enterbung hier am Tage liegt. Eine Abänderung des ältern Rechts in Ansehung der Enterbung der Postumorum läßt sich also nicht wohl behaupten [46]). Den legitimen leiblichen Kindern steht nun die Querel zu, sie mögen noch in väterlicher Gewalt oder emancipirt seyn, und die letztern bedürfen auch, wie

45) *de* REYES in Adversar. de inoff. testam. Cap. XVIII. §. 6. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 14. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 571. WIESAND Opusc. iurid. Specim. IV. Obs. 4. pag. 43. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 208.

46) Hierin stimmen überein VORT in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 159. REINOLD Diss. de causis, in quibus etiam nunc querela inoff. test. est necessaria §. 8. (in *Opusc.* pag. 347.) REUTER Diss. de effectu querelae inoff. test. §. 31. PAELICKE Diss. de erroribus quibusd. circa querel. inoff. test. Error. 4. MALBLANC Dig. Tom. III. §. 697. insbesondere Fried. Wilh. Gambsjäger in der Schrift unter dem Titel: rechtliche einen von dem mütterlichen Großvater in einer letzten Willensmeinung übergangenen Enkel betreffende Fragen. (Mannheim 1805. 8.) §. 12. u. 13.

wie ſchon oben (§. 551. S. 334.) gezeigt worden iſt, nach dem neueſten röm. Rechte der bonorum poſſeſſio nicht mehr, die ſie ehemals litis ordinandae cauſa ſuchen mußten [4]). Nur die emancipirten Adoptivkinder ſind von dieſer Querel gänzlich ausgeſchloſſen [48]). Auch arrogirte Unmündige haben die Querel nicht, ſondern müſſen ſich mit der Quarta D. Pii begnügen, weshalb ihnen blos eine Condictio zuſteht [49]). In Anſehung der Mutter ſteht hingegen die Inofficioſitätsklage auch den unehelichen Kindern zu, ſo weit ſie dieſelbe ab inteſtato beerben [50]). Es behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten [51]), daß die Adoptivkinder der Frauensperſonen, wenn die Adoption vom Landesherrn beſtätiget worden iſt, gegen das Teſtament der Adoptivmutter die Inofficioſitätsklage anſtellen könnten. Sie berufen ſich theils auf eine Stelle Ulpians [52]), welcher ſagt: Quoniam femina nullum adoptare filium *ſine iuſſu Principis* poteſt, nec *de inofficioſo teſtamento* eius,

47) Anderer Meinung iſt zwar HOFACKER Princip. iur. civil. T. II. §. 1693. Allein dieſe Meinung ſtimmt mit den §. 1647. vorgetragenen Grundſätzen nicht überein.

48) *§. 4. I. de exheredat. liberor.*

49) *L. 8. §. 15. D. h. t.* Man ſehe auch oben §. 543. I. 4. u. §. 544. nr. I.

50) *L. 29. §. 1. D. h. t.*

51) MEIER in Colleg. argentorat. Tit. de adoptionib. Th. 56. FINESTRES in Praelect. ad h. tit. Cap. III. §. 25. pag. 54. THIBAUT Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts I. B. Abhandl. 15. S. 339. und Deſſelben Syſtem des Pand. Rechts I. B. §. 491. SCHRADER Commentat. de nexu ſucc. ab int. et querelae inoff. §. 33. Weber zu Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 532. Not. 3. S. 603.

52) *L. 29. §. 3. I. h. t.*

quam quis sibi matrem adoptivam *falso* esse existimabat, agere potest. Man schließt hieraus a contrario, daß eine wahre Adoptivmutter, welche mit Erlaubniß des Landesherrn ein Kind angenommen, ihr Adoptivkind nicht ohne hinlänglichen Grund enterben könne, weil sonst das ganze Raisonnement widersinnig wäre, wenn das Gegentheil Statt gefunden hätte. Theils gründet man diese Meinung auf die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian [53]), welche an eine gewisse Syra auf folgende Art rescribirt haben: Mulierem quidem, quae nec suos filios habeat in potestate, arrogare non posse, certum est. Verum quoniam *in solatium amissorum tuorum filiorum* privignum tuum cupis vicem legitimae sobolis obtinere: annuimus votis tuis, secundum ea, quae annotavimus: et *eum perinde atque ex te progenitum*, ac *vicem naturalis legitimique filii habere permittimus.* In diesen Stellen wird nun freylich nicht ausdrücklich gesagt, daß der Adoptivsohn eines Weibes gegen das Testament seiner Adoptiv-Mutter, in welchem er enterbt oder übergangen worden ist, die Inofficiositätsklage anstellen könne. Noodt [54]) und Pothier [55]) haben auch noch insonderheit gegen die erstere Stelle des Ulpians erinnert, daß die Worte: *sine iussu Principis* für ein tribonianisches Emblem zu halten wären [56]). Ueberdem ist das Argument aus Ulpians Fragment nur ein argumentum a contrario, dergleichen bey der Erklärung solcher Fragmente, welche aus den

53) *L. 5. Cod. de adopt.*

54) in Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 159.

55) Pandect. Iustinian. h. t. nr. VI. not. m. Tom. I. pag. 189.

56) Man sehe jedoch, was ich dagegen im 2. Theil dieses Commentars Tit. *de adopt.* §. 149. Not. 81. S. 347. erinnert habe.

den libris miscellaneis der römischen Juristen, z. B. aus den libris *opinionum*, wie die angeführte *L.* 29. *h. t.* ferner *quaestionum* und *responsorum*, worin sie blos einzelne Fälle und Rechtsfragen entschieden, entlehnt worden, mit vieler Behutsamkeit zu gebrauchen sind [57]). Hierzu kommt, daß es an sich unwahrscheinlich und mehr als inconsequent zu seyn scheint, die von einem Weibe geschehene Adoption wirkungsreicher, als die von einer Mannsperson, seyn zu lassen [58]). Daher behauptet sogar Anton Faber [59]), die oben angeführte *L.* 29. §. 3. *h. t.* sey durch die *L.* 10. *C. de adopt.* aufgehoben. Demohngeachtet ist nicht zu läugnen, daß in der *L.* 5. *C. de adopt.* für jene Meinung doch immer ein sehr starkes Argument liegt. Denn soviel ist doch gewiß, daß das Adoptivkind seine Adoptivmutter ab intestato beerbt, und mehr wird ja bey Kindern nicht erfordert, um Noth-

57) *Ger.* NOODT Probabil. lib. I. cap. 3. §. 4. Lib. IV. cap. 5. §. 2. *Henr.* BRENKMANN Diss. de Legum inscriptionibus §. 13. (in WIELING *Iurispr. Restitut.* T. II. pag. 159.) *Ger.* SCHRODER Observat. iur. civ. Lib. I. cap. 5. *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. pag. 358. Höpfners Commentar §. 532. Not. 3. S. 603. Bey andern Stellen des Röm. Gesetzbuchs, die wirkliche und als solche ursprünglich bekannt gemachte Gesetze enthalten, ist das argumentum a contrario ein gültiges und wichtiges Argument, wofür es Papinian selbst erklärt *L. 1. pr. D. de offic. eius, cui mand. est iurisd.* S. *Dan.* FELLENBERG Iurisprud. antiqua Tom. II. pag. 500. und ZACHARIAE Versuch einer allgem. Hermenevtik des Rechts pag. 137. folg.

58) S. die Bibliothek kleiner jurist. Schriften von Hübner und Tittmann 3. Band S. 571. Not. *.

59) Rational. ad L. 29. §. 3. D. h. t. Man s. jedoch dagegen Thibaut Versuche 1. Th. S. 340. Not. 13.

Notherben mütterlicher Ascendenten zu seyn. Bey dem Vater ist dieses nicht der Fall. Es ist daher ganz unrichtig, wenn einige Rechtsgelehrten [60]) den natürlichen Kindern in dem Falle, da sie ihren Vater zu $\frac{1}{6}$ ab intestato beerben, dieser Portion wegen im Ausschließungsfalle die Querelam inofficiosi gestatten wollen. Denn kein Gesetz giebt ihnen dieses Recht. Sie sind ja überdem keine solche Descendenten, welche jemahls zur Intestaterbfolge *ex asse* gelangen können, sondern genau genommen nur als *successores singulares* in Ansehung ihres Sechstheiles anzusehen. [61])

Nach den Descendenten kommen 2) die Ascendenten zur Querel, insofern ihnen der Pflichttheil gebührt, (§. 543. nr. II. [62]) und zuletzt die Geschwister, wenn ihnen eine infamirte oder schändliche Person ist vorgezogen worden, jedoch auch dann nur die vollbürtigen, und Halbgeschwister von väterlicher Seite. Die Uterini sind ausdrücklich von der Querel ausgeschlossen, [63]) und durch die Nov. 118. ist hierin nichts geändert, wie schon oben (§. 543. S. 14.) ausführlich gezeigt worden ist. Wenn eini-

60) CUJACIUS ad Nov. 18. et in Observat. Lib. II. c. 21. Lib. III. cap. 8. Lib. XIV. cap. 4. TREUTLERUS Vol. I. Disput. XIII. Th. 12. HARPPRECHT in Comm. ad Institut. Lib. II. Tit. 18. §. 2. nr. 4.

61) Man vergleiche FINESTRES in Praelect. ad h. t. Cap. III. §. 3. BACHOVIUS ad *Treutlerum* c. l. SCHRADER in Comm. cit. §. 37. und besonders die *Bibliothek kleiner iurist. Schriften* von HÜBNER u. TITTMANN 3. Band pag. 571. Not. **).

62) Im 6. Theile dieses Commentars S. 569. ff.

63) *L. 27. C. h. t.*

einige Rechtsgelehrten [64]) der Meinung sind, daß Brüder und Eltern in dem Falle, da ehrlose Personen zu Erben eingesetzt sind, zusammen die Querel anstellen könnten, so liegt hier der oben in seiner ganzen Blöße dargestellte Fehlschluß zum Grunde, als ob Gleichheit des Rechts in Rücksicht der Intestaterbfolge auch Rechtsgleichheit in Beziehung auf Notherbrecht begründe (§. 543. S. 8. — 12.). Es sind auch die von mir an einem andern [65]) Orte darüber noch ausführlicher dargelegten Gründe durch die seichte Widerlegung in einer mehrgedachten neuern Schrift [66]) bey weiten nicht entkräftet worden. Soviel ist jedoch gewiß, daß die vollbürtigen Geschwister bey der Querel den consanguineis vorgehen, weil den letztern kein Intestaterbrecht zusteht, wenn leibliche Geschwister vorhanden sind. (§. 543. S. 18. u. 19.) Außer den gedachten Notherben kommt Niemandem weiter ein Recht zur Querel zu, auch nicht einmahl den Geschwisterkindern, wenn sie gleich Justinian in einer Classe mit den Geschwistern zur Intestaterbfolge ruft, wie oben (S. 12. lit. c.) gezeigt worden ist. Es bleibt also noch immer ein sehr guter Rath, den Ulpian [67]) giebt, wenn er sagt: Cognati, qui sunt ultra fra-

64) Sie sind oben §. 543. S. 5. u. folg. dieses 7. Theils angeführt. Ihnen ist noch beyzufügen Weber zu Höpfners Commentar §. 534. Not. (*) S. 605.

65) In Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate §. 6. (*Opuscul.* Fasc. III. pag. 47. seqq.)

66) SCHRADER in Commentat. saepius cit. §. 77. Man sehe dagegen die Bibliothek kl. iurist. Schriften v. HÜBNER u. TITTMANN 3. B. pag. 574. Not. *) Mit mir stimmt auch überein THIBAUT im System des Pandekt. R. II. B. §. 810, S. 222.

67) *L. 1. D. h. t.*

fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, *cum obtinere spem non haberent.*

Es ergiebt sich hieraus, daß bey dem Gebrauche der Querel die *Successio ordinum* Statt findet, und diese tritt ein, wenn derjenige Notherbe, dem die Querel zunächst zusteht, dieselbe nicht erheben will, oder kann, oder die Klage zwar angestellt, aber den Prozeß verlohren hat. Hier rückt die folgende Classe der Notherben in die Querel ein. Paulus [68]) setzt dies außer allem Zweifel, wenn er sagt: Si is, qui *admittitur* ad accusationem, *nolit*, aut *non possit* accusare: an *sequens* admittatur, videndum est; et *placuit*, *posse*: ut fiat *successioni* [69]) locus; und

68) *L. 31. pr. D. h. t.*

69) Es ist hier von keinem edicto successorio die Rede, welches hier Bartolus und mehrere neuere Rechtsgelehrten mit ins Spiel bringen wollen. Denn dieses hat einen ganz andern Zweck, und mit der Querel, als einem Institut des bloßen Civilrechts, gar nichts zu schaffen, wie ich in meiner Diss. de constituenda legitimae port. parent. quantitate §. 6. (*Opuscul.* Fasc. III. pag. 58. seqq.) ausführlich gezeigt habe. Mit mir stimmt auch überein Herr Kanzl. Koch in der Bonorum possessio §. 27. S. 289. Eben so wenig ist es aber auch für eine *Successio* zu halten, wenn der nächste übergangene Intestaterbe kein Notherbe ist, aber doch denjenigen, welcher ein Recht zur Querel hat, hindert, dieselbe bey dessen Leben, und ohne sich seines Erbrechts auf diesen Fall begeben zu haben, anstellen zu können, welches SCHRADER cit. Comm. §. 82. und 95. auch für eine Art der *Successio in querela inoff.* halten will. Z. E. wenn ein frater consanguineus mit eines vollbürtigen Bruders Sohn concurrirt, und eine persona turpis instituirt ist. Es kommt auch in diesem Falle, wo der Bruder nicht klagen konnte, auf den noch unvollendeten Ablauf der Verjährungszeit

und Papinian [70]) erläutert dieses mit folgendem Rechtsfalle: Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit; emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita decessit: in quaestione de inofficioso testamento, praecedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quodsi contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur, et suam intentionem implere potest. Wenn also Jemand seine Kinder enterbt, und seine Eltern präterirt, daneben aber eine fremde Person zum Erben eingesetzt hat; so sind die Descendenten des Testirers die erstern, welche zur Querel kommen, wollen diese aber nicht klagen, oder sie können nicht mehr klagen, weil die Querel präscribirt ist, oder sie haben den Prozeß verlohren, so sind nun die Eltern die nächsten, die zur Querel zu lassen sind. Sind keine Eltern da, oder wollen diese die Querel nicht anstellen, so kommt es darauf an, ob eine ehrliche oder eine unehrliche Person eingesetzt ist. Im letztern Falle haben nun auch die Geschwister ein Recht zur Querel, und zwar diejenigen zuerst, welche zur Intestaterbfolge die nächsten sind. [71])

So

zeit nichts an, weil einer actioni nondum natae keine Verjährung läuft. Man s. die *Biblioth. klein. iur. Schriften* v. HÜBNER u. TITTMANN 3. B. pag. 576. Not. **).

70) *L.* 14. *D. h. t.*

71) S. *Franc.* DUARENI Commentar. in Dig. h. t. Cap. VIII. in fin. (*Oper.* pag. 178. edit. *Francof. 1592.* f.) *Reinh.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XIII. Th. 5. lit. C. et D. p. 524. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 31. D. h. t. *Pet. de* GREVE in Exercit. ad Pandect. loca difficiliora Exerc. VII. §. 24. pag. 189. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XV. §. 9. (in Commentar. academ. Vol. III. pag. 44.) STRUV

Synt.

So unbezweifelt jedoch die Succeſſio ordinum in der Querel iſt, ſo ſtreitig iſt die Frage, ob es in der Querel auch eine *Succeſſio graduum* gebe? Der Sinn dieſer Frage iſt, wenn in derſelben Claſſe (ordo) mehrere Perſonen verſchiedenen Grades vorhanden ſind, und der nächſte Notherbe, der zur Querel berechtiget iſt, nicht klagen will oder kann, iſt nun die in dem nämlichen ordo im Grade folgende Perſon zur Querel zu laſſen, und der folgende ordo auszuſchließen? Findet alſo eine *Succeſſio de gradu ad gradum in eodem ordine* bey der Querel Statt? Mehrere Rechtsgelehrten [72]) tragen kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen. Allein die verneinende Meinung, welcher auch die meiſten ältere und neuere Rechtsgelehrten [73]) beypflichten, ſcheint mir den Vorzug zu verdienen. Es ſind hier beſonders zweyerley Fälle zu erörtern.

I) Der

Synt. iur. civ. Ex. X. Th. 19. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Diſp. XVII. Th. 5. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 17. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Succeſſ. §. 142.

72) VINNIUS Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 20. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 7. NOODT Commentar. ad Pand. h. t. (*Oper.* T. II. pag. 163.) WESTENBERG de portione legitima Diſſ. II. Cap. 2. §. 15. und Ebenderſelbe in Dig. h. t. §. 19. POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. X. not. a. pag. 190. REUTER Diſſ. de effectu querelae inoff. teſtam. iuxta ord. edicti ſucceſſorii inſtitut. §. 33. et 34. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. ſec. ord. Digeſt. Tom. III. §. 697. not. x. pag. 852.

73) VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 6. *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. Decad. XXIX. Err. 5. *Jo. a* SANDE Deciſion. aurear. Lib. IV. Tit. 9. Definit. 7. BACHOV ad *Treutlerum* cit. loc. GOMEZ Reſolut. var. Tom. I. Reſolut. 11. nr. 21.

Luc.

I) Der Vater hat seinen Sohn enterbt, und den von diesem gezeugten rechtmäßigen Enkel präterirt. Der enterbte Sohn hat den Vater überlebt, er will aber, oder kann die Querel nicht anstellen; oder er stellt sie an, allein er verliert den Prozeß. Kann nun nicht der von dem Großvater präterirte Enkel eintreten, und die Querel anstellen? Nein, sofern in Rücksicht seiner keine Transmission der Querel eintritt, (§. 551. S. 311.) kann er nicht einrücken. Denn

1) ist in diesem Falle der Enkel für keinen Notherben zu halten, wenn dessen enterbter Vater den Großvater überlebt hat. Paulus [74]) sagt dieses ausdrücklich: Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et *supervixerit filius post mortem meam*, licet ante aditam hereditatem decesserit, *non tamen nepotem rupturum testamentum*, JULIANUS et POMPONIUS et MARCELLUS aiunt Eben dieses bestärkt Ulpian [75]) noch durch den wichtigen Grund: *cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat.* Der Enkel ist also hier als nicht vorhanden anzusehen, dessen Vater zur Zeit des Todes des Groß-

Luc. van de POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXXIX. et LXXX. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 23. SCHULTING Thes. controv. c. l. §. 10. *de* COCCEJI c. l. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 1022. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1697. not. b. Koch Bonorum possessio §. 27. S. 290. THIBAUT System des Pandekt. Rechts 2 B. §. 810. S. 222. folg.

74) *L. 9. §. 2. D. de liberis et postum.*

75) *L. 6. pr. D. de iniusto rupt. et irr. testam.*

Großvaters noch lebt. Wie kann ihm also ein Recht zur Querel zustehen?

2) Auch der Prätor giebt in diesem Falle dem präterirten Enkel nicht einmahl die Bonorum possessio, wie Paulus [76]) bezeugt, wenn er sagt: Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem, vel exheredaverit, et ex eo *nepotem* omiserit: *bonorum possessioni locus non est:* quia non esset nepos *suus heres* futurus. Eadem sunt et *in sequentibus gradibus.* Ja

3) Justinian [77]) versagt ausdrücklich dem Enkel die Querel, wenn sein Vater durch Verjährung oder Entsagung davon ausgeschlossen wurde. Vor Justinian hatte sich der Enkel auch nicht einmahl in dem Falle einer rechtlichen Hülfe zu erfreuen, wenn sein enterbter Vater während der Zeit, da der heres scriptus deliberirte, starb, ehe er sich zur Querel angeschickt hatte. Die Lex *Junia Velleja* konnte wenigstens dem Enkel nichts helfen, wenn der Erbe die Erbschaft nachher antrat. Denn nach diesem Gesetz rückte der Enkel nur dann in die Stelle seines Vaters ein, wenn dieser vor dem Großvater verstorben war. Allein hier hat sein Vater den Großvater überlebt. Diese Härte des ältern römischen Rechts änderte nun zwar Justinian, aber doch nur blos in dem bemerkten Falle ab. Hier soll der Enkel ein gleiches Recht, wie sein Vater haben, und die Querel ex persona patris sui anstellen dürfen, wenn gleich desselben Vater ohne schon gemachte Zubereitung zur Querel gestorben wäre. Es muß nur aber freylich nicht etwa der Erbe beweisen können, daß das Enkels Vater die Enterbung

76) *L. 4. §. 1. D. de bonor. possess. contra tab.*
77) *L. 34. Cod. h. t.*

bung verdient habe, oder daß derselbe wegen des ihm gebührenden Pflichttheils schon auf andere Art zufriedengestellt worden sey. Denn sonst fällt die Querel ganz weg, und der Enkel kann allenfalls nur auf die Ergänzung des Pflichttheils klagen. Weiter, als in dem bemerkten Falle, will aber auch Justinian selbst dem präterirten Enkel keine Hülfe angedeihen lassen, sondern es soll bey dem Alten bleiben, wonach der Enkel nicht in die Querel einrückte, wenn sich desselben Vater der Querel bey seinem Leben ausdrücklich begeben, oder derselbe das Quinqennium, seitdem der Erbe die Erbschaft angetreten, hat verstreichen lassen. Dies ist, wie ich glaube, die richtige Darstellung des wahren Sinnes der merkwürdigen Constitution des Kaisers Justinian, die hier alles entscheidet. Sie lautet wörtlich so: Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto herede; reliquerit autem ex eo nepotem vel vivum, vel in ventre nurus suae constitutum; deliberante vero scripto herede filius exheredatus decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta, vel praeparata, omne adjutorium nepotem dereliquit: neque enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit: quia póstea et adita est ab extraneo hereditas, et supervixit avo pater eius: ut neque ex *lege Velleia* possit in locum patris sui succedere, et rescindere testamentum. Et hoc nonnulli Jurisconsulti in medium proponentes *inhumane* reliquerunt. Sed nos — secundum quod possibile est, omnium commodis prospicientes, jubemus, *in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat: etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam*

proponere. Et ſi non heres apertiſſimis probationibus oſtenderit, ingratum patrem nepotis circa teſtatorem fuiſſe, teſtamento remoto, ab inteſtato eum vocari, niſi certa quantitas patri eius, minor parte legitima, relicta eſt. Tunc etenim ſecundum novellam noſtri numinis conſtitutionem [78]) repletio quartae partis nepoti ſupereſt, ſi qua patri eius competebat, ut perfruatur noſtro beneficio, a vetuſtate quidem neglectus, a noſtro autem vigore recreatus, niſi *pater adhuc ſuperſtes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, ſcilicet poſt aditam hereditatem.* Dieſe Conſtitution ſetzt nun außer allen Zweifel, daß wenn dem präterirten Enkel nicht ex perſona patris die Transmiſſion der Querel zu ſtatten kommt, derſelbe ex perſona propria vermöge der *ſucceſſionis graduum*, die ohnehin in ordine liberorum weder nach dem damaligen Civilrechte noch nach dem Edict des Prätors Statt hatte [79]), kein Recht habe, die Querel anzuſtellen, die ſein enterbter Vater nicht anſtellen wollte oder konnte. Zwar wenden unſere Gegner ein, daß das Geſetz die Frage gar nicht berühre, von welcher hier die Rede ſey, nämlich ob der präterirte Enkel eines enterbten Sohns gegen das Teſtament ſeines Großvaters die Querel ex propria perſona anſtellen könne, ſondern Juſtinian habe dem Enkel auch ſogar erlaubt, das Teſtament des Großvaters ex perſona patris als deſſelben Erbe anzufechten, wenn ihm nämlich dieſes vortheilhafter wäre, z. B., wenn er etwa für ſeine Perſon die Enterbung verdient haben ſollte. Nach Juſtinians Conſtitution habe nun alſo der Enkel des enterbten Sohns, wie

78) *L. 30. Cod. h. t.*

79 Man ſehe hier meine Erört. der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 84. u. 85.

wie sie glauben, die Wahl, das großväterliche Testament entweder *ex propria persona* oder *ex persona patris* anzufechten, je nachdem ihm dieses oder jenes vortheilhafter wäre [80]). Allein wie sehr durch diese Erklärung der wahre Sinn des Gesetzes entstellet werde, leuchtet in die Augen. Denn wie hätte wohl Justinian sagen können, *omne adiutorium nepotem dereliquisse ante suam constitutionem*, ja wie hätte Justinian den Alten der Vorzeit den Vorwurf machen können, *eos hoc inhumane reliquisse*, wenn der Enkel *ex persona propria* als proxime sequens diverso gradu in eodem ordine die Querel gegen das großväterliche Testament hätte anstellen können? Wer sollte auch glauben, daß Justinian einem Enkel hätte zu Hülfe kommen wollen, der die Enterbung verdient hat? Ueberdem gedenkt ja Justinian ausdrücklich auch eines solchen Enkels, *qui in ventre nurus suae constitutus est.* Wie läßt sich bey diesem eine gerechte Enterbung gedenken? [81]) Es ist also wohl außer Zweifel, daß Justinian in seiner Constitution als bekannt angenommen habe, daß der Enkel, dessen enterbter Vater den Großvater überlebt hat, *ex sua persona* keine Querel habe, sondern in dem vom Gesetzgeber bestimmten Falle nur durch die Transmission ein Recht, dieselbe *ex persona patris* anzustellen, erhalte, in welchem

80) REUTER in Diss. cit. §. 33. am Ende pag. 36. sagt: *Quem enim ad modum magis sua interdum interest, posse ex propria persona queri, dum ipse quidem ab officii religione nunquam declinarit, a qua recessit forsan, ex cuius persona actionem intendit; ita quoque nepoti, digno, qui exheres scribatur, expedit, non suam, sed patris immerito excluſi iniuriam vindicare, querelamque ideo etiam non praeparatam movere.*

81) Man s. SCHRADER Commentat. cit. §. 86—89.

Falle ihm denn aber freylich die Einrede entgegen gesetzt werden kann, der Vater habe die Enterbung verdient. Dahingegen ist der Enkel von aller Rechtshülfe verlassen, wenn der Vater noch lebt, und dieser sich der Querel begeben, oder die Zeit versäumt hat, binnen welcher sie hätte angestellt werden müssen [82]) Ob ein Gleiches auch in dem Falle zu behaupten sey, wenn der enterbte Vater des Enkels noch vor Ablauf des Quinquenniums, jedoch erst nach angetretener Erbschaft, starb, ohne sich zur Klage angeschickt zu haben, sagt das Gesetz zwar ausdrücklich nicht, daß indessen auch hier der Enkel von der Querel auszuschließen sey, ist dem Geist des Gesetzes allerdings gemäß [83]).

Man führt noch zur Begründung der successio graduum in der Querel an, daß nach dem neuern Rechte das successorische Edict des Prätors in allen Classen, und also auch in Ordine liberorum, auf die Grade erstreckt worden sey, man schließt also hieraus, daß es auch bey der Querel gelten müsse [84]). Allein ist gleich nicht zu läugnen, daß nach

82) Man wird sich hiervon noch lebhafter überzeugen, wenn man hiermit die *Basilica* vergleicht, in welchen Tom. V. Lib. 39. pag. 215. die letzteren Worte der *L. 34. C. h. t.* so gefaßt sind: εἰ δὲ ὁ πατὴρ αὐτῶ ἔτι περιὼν παρητήσατο προφανῶς τὴν κατὰ τῆς διαθήκης μεμψιν, ἢ τῆ παραδρομῆ της πεντετίας ἀπεκλείσθή, κἀκέτι βοηθεῖται οὗτος ὁ ἔκγονος. d. i. nach Fabrots Uebersetzung: *Sed si pater eius adhuc superstes palam repudiaverit querelam, vel quinquennii cursu excluſus sit, non est, quo succurri nepoti possit.*

83) SCHRADER cit. Commentat. §. 87.

84) Man s. MALBLANC Dig. T. III. §. 697. not. x. pag. 852.

nach dem neuen, durch die Nov. 118. Kap. 1. eingeführten Intestatsuccessions-System die successio graduum auch in ordine liberorum Statt finde [85]), so läßt sich doch von der Successio in der Intestaterbfolge, ohne klare Rechtsverfügung, kein gültiger Schluß auf das Recht zur Querel machen, wie schon oben (S. 9. u. folgg.) ausführlicher gezeigt worden ist [86]). Nun ist unerweislich, daß Justinian die in der L. 34. C. h. t. enthaltene Grundsätze durch ein neueres Gesetz abgeändert habe. Endlich beruft man sich noch auf eine Stelle des Pomponius [87]), welcher sagt: Si filius *emancipatus* non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia *nepotibus*, atque *si filius non fuisset*: ut, *quod filius habiturus esset*, petita bonorum possessione, hoc *nepotibus ex eo solis*, non etiam *reliquis* adcrescat. Allein auch diese Stelle paßt auf die Querel ganz und gar nicht, um daraus eine successio graduum bey derselben zu beweisen. Pomponius redet, wie aus dem *Princ.* erhellet von einem solchen Falle, wo der Sohn emancipirt war, die Enkel aber in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben, und in die Stelle ihres Vaters, tanquam in sui heredis locum, getreten sind. In diesem Falle hatte der emancipirte Sohn die Bonorum possessio *Unde liberi*, und bekam den Erbschaftes Antheil, welcher ihm, wenn er ein *suus* geblieben wäre, gehört haben würde, den er mit seinen Kindern, den nepotibus suis, zur Hälfte theilen mußte [88]). Nun war

85) S. Kochs Bonor. possessio §. 27. S. 286.

86) Man sehe auch Koch im angef. Buche S. 289. und S. 522.

87) *L. 5. §. 2. D. Si tabulae testamenti nullae extabunt.*

88) Nämlich nach der nova Clausula, die Julian dem Edicto perpetuo beyfügte, wie aus *L. 1. pr.* et *L. 3. D. de conj. cum emanc.*

war die Frage, wenn der filius emancipatus die B. P. *Unde liberi* nicht agnoscirte, wem dessen Antheil accrescire, ob den nepotibus suis allein, oder auch den Stämmen der zur Succession mit gelangenden übrigen Kinder des Erblassers? Pomponius behauptet ganz recht das erstere, und betrachtet den emancipirten Sohn in dem vorliegenden Falle, als ob er gar nicht vorhanden wäre [89]). Das nämliche galt auch in dem Falle, wenn der Vater ein Testament gemacht, und darin den emancipirten Sohn präterirt hatte. Agnoscirte hier der präterirte Sohn die Bonorum possessio contra tabulas nicht, so accrescirte dessen Hälfte seinem Kinde, dem in der väterlichen Gewalt des Großvaters gebliebenen Enkel [90]). Allein in allen diesen Fällen ist ja nicht einmahl von einer Successio graduum bey der Bonorum possessio, geschweige denn bey der Querel, die Rede. Ueberhaupt liegt hier das Julianische Edict de conjungendis cum emancipato liberis eius zum Grunde, welches auch, wie Paulus [91]) lehrt, bey der Que-

emanc. liberis erhellet. S. Kochs Bonor. poss. §. 8. S. 114. f. Vorher war es anders. Da gieng der Sohn *iure gradus* den Enkeln vor. *L. 1. §. 1. D. de B. P. c. tab.* Man sehe hier meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 75. S. 209.

89) Koch c. l. §. 27. S. 277.

90) *L. 1. §. 2. D. De conjung. cum emancipato filiis.*

91) *L. 23. pr. D. h. t.* Si ponas filium emancipatum praeteritum, et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse: filius potest contra filium suum, testatoris nepotem, petere bonorum possessionem: queri autem de inofficioso testamento non poterit. *Quod si exheredatus sit filius emancipatus: poterit queri: et ita jungetur filio suo, et simul cum eo hereditatem obtinebit.*

Querel Statt hatte, wenn der emancipirte Sohn war enterbt worden. Diese Concurrenz fällt aber nun ohnehin nach der Nov. 118. auch in der testamentarischen Succession weg, wie Herr Kanzler Koch [92]) sehr richtig bemerkt hat, und der Sohn geht seinem Kinde, dem Enkel, in allen Fällen vor [93]). Es ist also wohl außer Zweifel, daß in ordine descendentium keine Successio graduum bey der Querel Statt finde. Allein fällt sie auch in der Linie der Ascendenten weg? Hier schwanken selbst diejenigen [94]), welche in Absicht auf den ersten Fall mit mir übereinstimmen. Wir wollen jetzt diesen andern Fall genauer erörtern.

II) Ein Sohn hat seinen Vater enterbt oder präterirt. Der Vater will oder kann die Querel nicht anstellen. Kann nun der Großvater in die Querel einrücken? Schrader [95]) unterscheidet, ob der entferntere Ascendent durch den näheren, welcher die Querel nicht anstellen wollte, mit dem Verstorbenen verbunden ist, oder nicht. Im erstern Falle giebt er zu, daß in Ansehung des entferntern Ascendenten keine Succession in der Querel Statt finde; allein im letztern Falle trägt er kein Bedenken, eine solche Succession darum anzunehmen, weil die entfernteren Ascendenten gleichsam eine eigne Classe bilden, da sie nie mit den näheren zusammentreffen. Allein dieser Unterschied ist ganz ungegründet. Das Daseyn des Vaters, welcher den Testirer überlebt hat, steht eben so wohl jedem entfernteren

92) Bonor. possessio. §. 8. S. 118.

93) Man sehe §. 543. im 6. Th. dieses Commentars S. 567.

94) Z. B. SCHRADER in Commentat. cit. §. 93.

95) Cit. Commentat. §. 91 — 93.

Ascendenten im Wege, als das Daseyn des Sohns dem Enkel des Verstorbenen. Es ist hier durchaus der nämliche Grund. Die Idee, daß die entfernteren Ascendenten eine eigene Classe bilden, ist den Gesetzen nicht gemäß. Diese nehmen nur drey Classen an, und dabey muß man auch, um Willkühr zu verhüten, und Mißdeutungen vorzubeugen, wörtlich stehen bleiben [96]). Ganz richtig sagt daher Anton Faber [97]): Praeferetur frater avo in querela, non tanquam potior in successione, si inter avum et fratrem res agatur, sed *quia nullus potest locus esse avo in successione nepotis, quamdiu avum pater praecedit*; sicut nec nepoti in successione avi, quamdiu nepotem pater antevertit.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der enterbte oder präterirte Notherbe, um das Testament als pflichtwidrig umstoßen zu können, den Testirer überlebt haben müsse [98]). Denn wenn er vor demselben verstorben ist, so fällt die Querel weg, und der im Testament eingesetzte Erbe ist Civilerbe, wenn das Testament nach dem Civilrechte gültig ist; oder Bonorum possessor, wenn das Testament nach dem prätorischen Rechte gilt, so daß darauf die B. P. secundum tabulas gesucht werden kann [99]). Der auf den enterbten oder präterirten Notherben folgende Civil- oder präto-

96) Man sehe hier die Bibliothek kleiner iurist. Schriften 3. Band pag. 576. Not. *)

97) De errorib. Pragmaticor. Decad. XXIX. Err. 5. pag. 181.

98) Koch Bonor. possessio. §. 28. S. 311. folg.

99) *L. 12. D. de iniusto rupt. et irr. testam.* Man s. auch die Rechtsfälle und Abhandlungen von Geiger und Glück. 3. Band. S. 22.

prätorische Intestaterbe kann in dem Falle, wenn sogar das Testament nach dem Civilrechte gültig ist, dasselbe nicht mit Hülfe der Person des enterbten oder präterirten, vor dem Testirer verstorbenen, Notherben umstossen, weil solcher eben deswegen, weil er schon vor dem Testirer gestorben ist, kein Erbrecht erlangt hat; ihn selbst aber, als Civil, oder prätorischen Intestat-Erben betrachtet, das nach dem Civilrecht gültige Testament ausschließt, indem die causa testati der causae intestati vorgeht [100]). Es ist hier aber freylich vorauszusetzen, daß der auf den, vor dem Testirer verstorbenen Notherben folgende Intestaterbe nicht ebenfalls ein Notherbe sey. Denn dieser könnte nun, wenn er ebenfalls auf diesen Fall enterbt, oder aber gleichfalls präterirt seyn sollte, aus eigner Person das Testament anfechten [1]). Z. B. Ein Vater hat seinen Sohn enterbt. Der Sohn stirbt vor dem Vater, und beym Ableben des Testirers lebt noch dessen Vater, welcher nun der Notherbe ist. Dieser kann nun, wenn er in dem Testament ebenfalls eventualiter enterbt, oder gar präterirt ist, ex propria persona die Querel anstellen.

Wenn die Mutter ein Kind enterbt oder präterirt hat, welches noch unter väterlicher Gewalt ist, so kann der filiusfamilias nach dem römischen Rechte die Querel ohne Einwilligung des Vaters *suo nomine* nicht anstellen [2]); sondern

100) *L. 39. D. de acquir. vel omitt. hered.*

1) Kochs Bonor. possessio §. 28. S. 312. folg.

2) *L. 9. D. de obligat. et action.* Es trat hier ehemals noch ein besonderer Grund ein. Durch die Querel ward das Testament aufgehoben, nun konnte der filiusfamilias die ihm ex

SCto

dern der Vater muß filii sui nomine klagen. Jedoch darf auch der Vater die Klage nicht ohne des Sohns Einwilligung erheben, weil durch die Ausschließung doch nur zunächst der Sohn beleidiget worden, wie Ulpian [3]) aus Papinians Quästionen anführt, wo er sagt: Inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse, invito eo; *ipsius enim iniuria est* [4]). Ja, Papinian behauptet sogar

SCto! *Orphitiano* zugefallene Erbschaft seiner Mutter ohne Einwilligung des Vaters nicht antreten, um dem Vater keine Schuldenlast auf den Hals zu laden. *L. 6. pr. et §. 2. D. de acq. vel omitt. hered.* Daß jedoch nach dem neuern röm. Recht, nach welchem dem Vater nur der Nießbrauch zukommt, der Sohn die ihm zugefallene Erbschaft auch gegen den Willen des Vaters auf seine Gefahr antreten könne, ist bekannt. *L. ult. §. 1. C. de bon. quae lib.* S. FINESTRES Commentar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omittenda hereditate P. II. Cap. 5. §. 43.

3) *L. 8. pr. D. h. t.* Daß diese Stelle nicht von einem emancipirten Sohn, wie *Gilb.* REGIUS *Εναντιοφαν.* iuris civ. Lib. I. cap. 17. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1488.) irrig annimmt, sondern vielmehr von einem von seiner Mutter präterirten filiofamilias zu verstehen sey, hat schon Cujaz Observation. Lib. IX. cap. 14. ganz richtig erinnert.

4) POTHIER in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. nr. XI. not. c. pag. 190. führt noch einen andern Grund an, warum die Einwilligung des Sohns erfordert wird, wenn der Vater in desselben Namen die Querel anstellen will. *Nimirum qui querelam movet*, sagt er, *hereditatem sibi quasi intestati vindicat; atqui etiamsi persona, adversus cuius testamentum querela mouetur*, (puta *mater*) *intestata decessisset, pater non potuisset per filium hanc hereditatem acquirere sibi, invito filio. Oportuisset enim, ut iussu patris filius hereditatem adivisset.* Es hat allerdings seine Richtigkeit, daß der Sohn auch ehemals

sogar, wie Ulpian weiter aus ihm recitirt, daß, wenn der Sohn stirbt, nachdem zur Anstellung der Querel schon alle vorbereitende Anstalten getroffen waren [5]), der Vater nun die Klage nicht weiter anstellen könne, *quae non patri, sed nomine dabatur filii* [6]). Denn wenn gleich sonst die Querel nach geschehener Zubereitung auf die Erben übergeht [7]), so trat doch hier der besondere Grund ein, daß nach dem ältern Rechte der Vater nicht Erbe seines filiifamilias wurde, sondern desselben Vermögen *peculii et potesta-*

mals, da der Vater durch ihn unbedingt acquirirte, nicht genöthigt werden konnte, eine ihm angefallene Erbschaft wider seinen Willen anzutreten. *L. 6. §. 7. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 11. Cod. de iure delib.* Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente ꝛc. §. 150. Allein dieser Grund fällt jetzt weg. Demohngeachtet kann der Vater auch selbst nach dem neuern Rechte nicht ohne des Sohns Einwilligung klagen. *L. 8. §. 3. C. de bonis quae liberis.* Vid. *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Bach Diss. de diuerso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. §. 7.

5) Papinian sagt *post agnitam litis ordinandae gratia possessionem.* Von dieser Bon. possessio ist oben §. 551. Not. 10. S. 291. gehandelt worden. Man sehe auch nach *Vigl.* ZUICHEMI Commentar. in decem Titulos Institution. iuris civ. (*Basiliae* 1534. f.) h. t. §. 2. pag. 177. seq.

6) In den *Basilicis* Tom. V. pag. 197. lautet die Stelle nach Fabrots Uebersetzung so: *Pater nomine filii, invito filio, non agit querela inofficiosi testamenti. Etiam si filius, lite praeparata, decesserit, pater eam, quae filio competebat, non intendit querelam inofficiosi testamenti.*

7) *L. 6. §. 2. D. h. t. L. 5. Cod. eodem.* Westphal von Testamenten §. 1027.

potestatis iure behielt, nicht anders, als ob es gleich Anfangs sein Eigenthum gewesen wäre [8]). Da nun aber nach Einführung der Adventizien der Vater, wegen des ihm gebührenden Nießbrauchs, bey der Querel des Sohns, ein nicht geringes eigenes Interesse hat; da ferner die Mutter dem Vater den Nießbrauch, der ihm inionderheit an dem Pflichttheile der Kinder zukommt, auf keine Weise entziehen darf, wie oben) gezeigt worden ist; da endlich nach dem neuesten Rechte der Vater den Kindern in die bona adventitia als Erbe succedirt [10]); so behauptet Jacob Voorda [11]) nicht ohne Grund, daß der Vater, dem Geist des neuern Rechts gemäß, die von seinem Sohn zubereitete Querel, als desselben Erbe, fortsetzen könne [12]).

§. 555.

Wenn hat die Querela inoff. test. Statt? Wem liegt bey dieser Klage der Beweis ob?

Soll nun die Querel des pflichtwidrigen Testaments Statt finden, so ist es eine wesentliche Bedingung derselben,

8) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 129. S. 208. Man s. auch *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. VIII. Q. 29.

9) S. §. 546. im 1. Abschn. dieses 7. Theils S. 80—84.

10) *L. ult. C. Commun. de Succeſſ. L. 6. §. 1. Cod. de bonis quae lib. Nov. 118. cap. 2.*

11) Interpretat. et Emendat. iur. Rom. (*Traj. ad Rhen. 1768. 8.*) Lib. II. cap. 14.

12) Hierin stimmen auch überein Westphal von Testamenten §. 1030. und Book Lehre von der Enterbung. §. 24. S. 75.

ben, daß der Kläger zwar *rite* aber *inique* ausgeschloßen worden sey. Justinian [13]) sagt ausdrücklich: De inofficioso testamento agunt liberi, qui queruntur, aut *inique* se exheredatos aut *inique* praeteritos. Hierin stimmen auch alle Systeme der Rechtsgelehrten mit einander überein [14]). Nur in der näheren Bestimmung des Falles selbst weichen sie von einander ab. Diejenigen, welche mit Schneidr die Inofficiositätsklage in Ansehung der Kinder und Eltern ins Exilium verwiesen haben, schränken diesen Fall blos auf Geschwister ein, wenn ihnen der Testirer ohne eine gegründete Ursache eine ehrlose oder verächtliche Person vorgezogen hat, ohne sie wegen des ihnen auf diesen Fall gebührenden Pflichttheils auch nur im mindesten, es sey unter den lebendigen, oder auf den Todesfall, entschädiget zu haben. Diejenigen hingegen, welche mit unserm Verfasser das Nullitätssystem des neuen Rechts vertheidigen, lassen blos dann die Querela inofficiosi zu, wenn zwar eine rechtmäßige Ursache der Enterbung im Testamente ausgedruckt, selbige aber nicht erweislich ist. Diese sagen, von der Wahrheit oder Nichtwahrheit der Enterbungsursache ist die Inofficiositätsquerel abhängig, und blos darauf ist sie berechnet. Hingegen die Unterlassung der Angabe einer rechtlichen Enterbungsursache im Testament begründet nicht diese, sondern die Nullitätsquerel des neuen Rechts. Denn die Anführung einer Ausschließungsursache gehöre offenbar zu der in der Novelle 115. vorgeschriebenen Form der Ausschlie-

13) *Princ. I. h. t.*

14) S. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de successionib. §. 141. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1692. u. a. m.

schließung, und was gegen die Form ist, sey nach *L.* 5. *Cod. de Legib.* null. Allein beyde Systeme haben oben ihre Abfertigung erhalten, wo deutlich gezeigt worden ist, daß der ganze Geist der Novelle 115. ausschließlich auf Inofficiosität berechnet, und nach eben diesem Geiste die Anführung einer rechtlich erheblichen Beleidigungsursache nichts weniger als formel sey. Die innere Rechtsgeschichte und die Philosophie begründen vollends das von mir oben vertheidigte reine Inofficiositätssystem so fest, daß das ohnehin schon in seiner Blöße dargestellte Nullitätssystem nun ganz in sein Nichts zerfallen muß. Diesen neuen rechtlich psychologischen Beweis für die ausschließliche Richtigkeit des reinen Inofficiositätssystems hat neuerlichst Franz Schöman, deßen Buch [15]) ich gerade jetzt zu erhalten das Vergnügen habe, so bündig dargelegt, daß ich zur mehreren Ueberzeugung meiner Leser einige seiner Gedanken hier aufzunehmen keinen Anstand finde. Die gekränkte Sensation, sagt er, das beleidigte Gefühl ist an und für sich blos innerlich, von der größeren oder geringeren Empfindsamkeit des Beleidigten abhängig, und dem äußerlichen Beobachter desselben nie mit Zuverläßigkeit und meistens gar nicht erkennbar. Noch weit weniger ist es an und für sich ein Gegenstand der Aussenwelt und der äußerlichen Beobachtungsphäre, ob der Beleidigte die ihm zugefügte Kränkung dem Beleidiger wieder verziehen hat, oder nicht? Beyde Puncte bleiben, so lange der Gekränkte nicht äußerlich seine desfallsigen Gesinnun-

15) Handbuch des Civilrechts von D. Franz Schömann. 1. Band. Giesen und Wetzlar 1806. 8. Nr. IV. S. 139. folgg.

sinnungen erklärt hat, auch dem forschendsten Blicke des Dritten ein undurchdringliches Geheimniß, — und doch ist es gerade diese an und für sich geheimnißvolle individuelle Beleidigung, es ist gerade die durch undankbares Benehmen des Pflichttheilsberechtigten gekränkte, aber an und für sich der Gesetzgebung sowohl als dem Richter unerforschliche Sensation des ausschließenden Testators, welche die Unstatthaftigkeit der Inofficiositätsklage großentheils bedingt. Mag der eingesetzte Erbe immerhin das schlechte Benehmen des ausgeschlossenen Pflichtheilsberechtigten gegen den Testator noch so mannigfaltig darthun, mag er den Ausgeschlossenen des gröbsten Vergehens gegen seinen Erblaßer überführen, mag er hierdurch den Richter selbst als Menschen gegen den Ausgeschlossenen noch so sehr einnehmen; hat er hiermit auch gezeigt, daß der Testator beleidiget war? hat er erwiesen, daß derselbe, wenn er sich auch anfangs wirklich beleidigt fand, das undankbare Benehmen dem Beleidiger, der zumal sein naher Blutsfreund ist, nicht wieder, vielleicht noch kurz vor seinem Tode, verzieh? Gewiß nicht!

Aus diesen Gründen forderte dann schon die ältere Gesetzgebung ganz vernünftig, daß der Testator wenigstens im Allgemeinen das schlechte Benehmen des Ausgeschlossenen gegen ihn im Testamente ausdrücklich rügte, und ohne diese ausdrücklich im Testamente enthaltene Aeußerung achtete sie eben so vernünftig allen Beweis des eingesetzten Erben über das pflichtvergessene Verhalten des Ausgeschloßenen gegen den Testator für unzuläßig und unnütz, wenn zumal der Notherbe im Testament mit Etwas, sey es auch noch so

wenig

wenig gewesen, bedacht war [16]). Allein vor der Novelle 115. waren noch keine gewisse Enterbungsursachen gesetzlich bestimmt. Ein weiter Spielraum blieb daher sowohl der sich gekränkt fühlenden Sensation des Erblassers, als dem entscheidenden Spruche der Richterstühle offen, und es war demnach eine handgreifliche Lücke der Gesetzgebung, daß dem Testator nicht wenigstens die specielle Angabe eines Beleidigungsgrundes im Testament vorgeschrieben ward. Denn es leuchtet in die Augen, daß bey einer solchen allgemeinen Angabe der eingesetzte Erbe leicht eine Ursache erweisen kann, welche gerade gar nicht den Testator gekränkt, oder die er längst seinem Blutsfreunde wieder verziehen hatte, und im Gegentheile ist vielleicht gerade die Ursache, welche den Erblasser wirklich gekränkt, und welche er auch nicht wieder verziehen hatte, blos unerhebliche Chimäre; und so würde denn stets zu befürchten seyn, daß dem Erblasser eine Empfindlichkeit vom Richter angedichtet werde, von welcher derselbe gar nichts wußte, und dem Ausgeschlossenen, dem die wahre, aber unerhebliche Empfindlichkeit des Testators nicht schaden konnte, durch die demselben angedichtete Empfindlichkeit häufig das höchste Unrecht zugefügt werden. Hört man wohl nicht auch

16) Einen sehr interessanten Beleg hierzu liefert die Stelle in der *L. 30. C. h. t.* wo es heißt: Liceat his personis, quae testamentum quasi *inofficiosum*, vel *alio modo subvertendum* queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, *cum eos scilicet ingratos circa se fuisse dixerit testator; — nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare, et huiusmodi quaestionem introducere.*

auch noch in unsern Tagen heilbesorgte Eltern sprechen, daß mich mein Sohn einen alten Spitzbuben gescholten, ja nach mir geschlagen und mir eine Ohrfeige gegeben hat, will ich ihn gern verzeihen; aber daß er nun auch seine Religion geändert, und zur katholischen übergegangen ist, das kann ich ihm nie verzeihen, dieserwegen verdient er von mir enterbt zu werden? So wie nun **Justinian**, um einer vielleicht übertriebenen Empfindlichkeit der Testatoren, und zugleich der vagen Richterwillkühr für die Zukunft bestimmte Schranken zu setzen, die Festsetzung gewisser ein für allemal bestimmter rechtlich hinlänglicher Beleidigungs- oder Ausschließungsursachen für höchst wichtig und nöthig hielt, welche er in Ansehung der Eltern und Kinder in der 115. Novelle bestimmte; so war es ihm nun auch aus dem angeführten Grunde nicht mehr genug, wenn der Testirer blos im Allgemeinen erklärte: der Ausgeschlossene habe ihn beleidiget. Nein, — er sollte nun auch jedesmal eine der gesetzlich bestimmten Ursachen im Testament speciell benennen, wodurch er sich von dem Ausgeschlossenen gekränkt erachtete. Hieraus erklärt sich denn der wahre Sinn der Schlußworte des 3. Kap. jener 115. Novelle: *ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur;* welche ohne Zweifel auf jene psychologische Ansicht der Sache hindeuten. Hieraus läßt sich nun auch ferner erst richtig bestimmen, wenn der Ausgeschlossene für *inique* enterbt oder präterirt zu achten sey. Dies ist nämlich

1) in Ansehung der pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten der Fall, wenn entweder der Testator gar keine, oder keine rechtmäßige Enterbungsursa-

che im Testamente speciell angeführt hat, so daß der eingesetzte Erbe nicht einmahl zum Beweis einer gegen den Testator zu Schulden gebrachten, wenn gleich rechtlich erheblichen, Undankbarkeit gelassen wird; oder aber der Testator zwar eine gesetzlich bestimmte Ursache im Testament speciell angeführt hat, die aber der eingesetzte Erbe nicht erweisen kann.

2) In Ansehung der Geschwister aber, wenn ihnen der Testirer eine schändliche Person entweder ohne Ursache vorgezogen hat, oder die Wahrheit der von dem Testirer speciell angeführten Ursache von dem Erben nicht erwiesen werden kann.

Hieraus entscheidet sich ferner nun auch die Frage, wer bey der Querel des pflichtwidrigen Testaments den Beweis führen müsse? Hier ist,

1) wenn Kinder oder Eltern diese Klage anstellen, zu unterscheiden, ob die Querel darauf gegründet wird, daß die Ausschließung des Klägers ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursache im Testamente geschehen sey, oder darauf, daß die im Testament angeführte Beleidigungsursache unwahr sey. Im ersten Falle ist die Klage unbedingt gegründet, und das Testament muß aus den schon oben angeführten Gründen rescindirt werden, ohne daß der Erbe mit dem Beweis, der Kläger habe die Enterbung verdient, gehört wird. Denn schon um deswillen allein ist die Ausschließung für pflichtwidrig zu halten, daß der Testator entweder gar keine, oder keine rechtlich gebilligte Beleidigungsursache im Testament angeführt hat [17]). In dem letz-

17) S. MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. III. cap. II. membr. III. §. 13. et 14. pag. 371.

letztern Falle hingegen muß der Erbe die Wahrheit der Enterbungsursache beweisen. Denn nach der Novelle 115. hat der Kläger ein erworbenes Recht, nicht ohne Anführung einer in diesem Gesetz gebilligten und in der Wahrheit gegründeten Ursache von der Erbschaft ausgeschlossen zu werden. Die Gültigkeit der Ausschließung hängt also von der Wahrheit der angeführten gesetzlichen Enterbungsursache ab. Diese muß folglich der Erbe darthun, wenn das sonst begründete Erbrecht des Klägers nicht Statt finden soll [18]). Justinian sagt dieses auch selbst ausdrücklich am Ende des 3. Kap. der 115. Novelle, wo es nach Hombergks Uebersetzung heißt: Itaque sive omnes dictas ingratitudinis causas, sive eas, quae ex illis manifestae sunt, sive unam parentes in suo testamento scripserint et *scripti heredes expressam*, *vel expressas vel unam ex illis veram esse ostenderint*, testamentum vim suam habere iubemus. Eben dieses wiederholt Justinian im 4. Kap. auch bey der Querel der Eltern. Wenn hingegen

2) Geschwister, denen der Testirer eine schändliche Person vorgezogen hat, die Querel anstellen, so bleibt es hier in Absicht auf das Beweisverfahren ganz bey dem ältern römischen Rechte, welches schon oben (§. 551. S. 319.) gelehrt worden ist [19]). Die Ideen der Rechtsgelehrten sind zwar hierüber sehr abweichend.

18) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Kap. VI. Nr. 26. S. 266.

19) Man vergleiche STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 13. STRUVII Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 18. BOEHMER iur. Dig. Tit. de lib. et postum. §. 31. *Christ. Frid. Ben.* HOMMEL Dis. de differentiis inter querelam inofficiosi, quae parentibus ac liberis,

et

Einige [20]) behaupten, die ausgeschlossenen Geschwister müßten zwar jederzeit beweisen, daß der eingesetzte Erbe eine infame oder verächtliche Person sey, sofern es nicht schon an sich notorisch ist; keinesweges aber brauchten sie einen weitern Beweis von ihrem Wohlverhalten gegen den Erblasser und von der Ungerechtigkeit der Ausschließung zu führen. Eben so wenig werde aber auch der Erbe zum Beweis einer gerechten Ursache gelassen. Denn in diesem Falle, da nämlich den Geschwistern eine turpis persona ist vorgezogen worden, könne die Ausschließung derselben durch gar keine Ursache gerechtfertiget werden. Allein diese Meinung beruhet auf einer falschen Voraussetzung, welche schon anderwärts [21]) widerlegt worden ist.

Andere [22]) hingegen halten es wenigstens für billig, die Verordnung der Novelle 115. auch mit auf die Geschwi-

et quae fratribus competit. *Erfordiae* 1773. §. 8. und Westphal von Testamenten §. 570. am Ende S. 435.

20) *Jo. Henr.* FUCHS in Diss. de impugnatione testamenti fraterni per querelam inoff. *Carl. God.* MADIHN ad *Menckenii* doctr. de actionib. forens. not. 1188. pag. 371. und MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 231.

21) S. §. 551. S. 208. folg.

22) *Mich. Henr.* GRIEBNER in Diss. Utrum fratres, instituta querela inofficiosi testamenti, probare teneantur, se non fuisse ingratos? *Vitembergae 1770.* (in *Opuscul.* Halae 1722 4. edit. Tom. V. Sect. II. pag. 21. seqq.) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. XCIII. Cor. 1. *Jo. God.* BAUER Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. §. 19. *Car. Frid.* PAELICKE Diss. de erroribus quibusd. circa querelam inoff. testam. Err. IX. SCHORCH in Diss. Quaestion. speciales circa inoff.

schwister auszudehnen, weil nach diesem Gesetz ein Testament nur dann für pflichtwidrig zu halten sey, wenn der eingesetzte Erbe eine zu Schulden gebrachte Undankbarkeit des ausgeschlossenen Notherben gegen den Testirer nicht zu erweisen vermag. Dieser Grund passe auch auf die ausgeschlossenen Geschwister. Ueberdem streite für sie die allgemeine Rechtsvermuthung: *quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium.* Man könne ihnen auch nicht zumuthen, den Beweis einer directen Verneinung, nämlich daß sie die Ausschließung auf keine Weise verdient hätten, zu übernehmen, von welchem sie die Gesetze selbst freysprächen, welche ausdrücklich sagen: *quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* [23]). Und da die Querel den Geschwistern ohnehin nur gegen einen solchen Erben zusteht, der mit einer Infamie oder Anrüchtigkeit behaftet ist, so würde es die größte Ungerechtigkeit seyn, wenn man einen solchen Beklagten favorisiren, und dagegen dem ohnehin schon so sehr gekränkten Kläger einen fast unmöglichen Beweis aufbürden wollte.

Allein daß bey den Geschwistern ein gleicher Grund, wie bey den Kindern und Eltern, vorhanden sey, um die Novelle 115. auf sie auszudehnen, läßt sich nicht behaupten. Denn bey den Geschwistern genügt die bloße Ueberge-

hung,

inoff. testamentum cont. §. 11. Stein von pflichtwidrigen Testamenten §. 34. S. 145. ff. und GAMBSJAEGER in Comm. de testamento in genere, in specie inofficioso P. IV. §. 4. Not. 19. pag. 62.

23) *L. 2. D. de probat. L. 23. C. eodem L. 10. C. de non num. pecun. Cap. 11. X. de probat. Cap. 5. X. de renunciat. Cap. 23. X. de election.*

hung, um das Testament stricto iure bestehen zu lassen, und es ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Testirer zur Pflicht gemacht hätte, eine Ursache der Undankbarkeit im Testament speciell anzuführen, wie Lucas van de Poll [24]) sehr richtig erinnert hat. Ferner soviel die Regel: quilibet praesumitur bonus etc. anbetrift, so ist dieselbe von der Art, daß zwar Jedermann fühlt, sie enthalte etwas Wahres, aber auch Jedermann zugleich fühlt, daß in den meisten Fällen ihre Anwendung nicht Statt findet, wie Schneider [25]) und Weber [26]) aus mehreren Beyspielen überzeugend dargethan haben. Es ist wahr, daß Jeder, dem Pflichtwidrigkeiten vorgeworffen werden, hierüber einen Beweis erwarten darf, da es ungerecht und vernunftwidrig seyn würde, ohne diesen Beweis dergleichen schon als wahr anzunehmen. Daher legt auch schon das ältere Recht [27]) dem Beklagten bey der Inofficiositätsklage den Beweis auf, wenn eine Beleidigungsursache im Testament angeführt worden, deren Wahrheit der Ausgeschlossene läugnete. Allein eben so gewiß ist es auch, wie Weber [28]) sehr gründlich bemerkt, daß die vermeinte Vermuthung für das Pflichtmäßige Niemanden vom Beweise befreyen kann, der ihn sonst führen muß. Dies ist nun aber bey den Geschwistern ohnstreitig der

24) De exheredat. et praeterit. Cap. 64. §. 2.

25) Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise (Giesen und Darmstadt 1803. 8.) 2. Abthl. Anmerk. VIII. S. 429. folg.

26) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abth. V. Nr. 9. S. 131. folg.

27) *L. 22. et L. 28. in fin. Cod. h. t.* (S. §. 551. S. 265.)

28) Am angef. Orte S. 134. a. E.

der Fall, wenn die Ausschließung derselben, ohne Anführung einer Ursache, im Testamente geschehen, und ihnen eine persona turpis vorgezogen worden ist. Hier lag dem Ausgeschlossenen, welcher die Inofficiositätsklage anstellte, nach dem ältern Rechte der Beweis ob, *immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum*, wie Marcellus [29]) sagt, und dieses ältere Recht ist in Ansehung der Geschwister durch die Novelle 115. nicht abgeändert worden. Allein auf solche Art müßten ja, sagt man, die Geschwister den Beweis einer directen Verneinung übernehmen! und, wie ich glaube, mit Recht. Denn sie setzen ja den Grund der Klage darin, sie hätten diese Zurücksetzung nicht verdient. Nun muß, wie Gönner [30]) ganz richtig sagt, jeder seine Behauptung, sein factisches Vorbringen, ohne welches sein Recht vom Richter nicht anerkannt werden kann, beweisen, und es gilt kein Unterschied, ob das factische Vorbringen ein bejahender oder verneinender Satz ist. Es läßt sich auch mit Grund nicht behaupten, daß der Beweis, den die Gesetze [31]) selbst dem Kläger auflegen, an sich unmöglich sey, und der Satz, *quod factum negantis per rerum naturam probatio nulla sit*, steht hier offenbar am unrechten Orte, und ist ganz mißverstanden.

29) *L. 3. et 5. D. h. t. L. 28. Cod. eod.* Westphal von Testamenten §. 570. S. 434. folg.

30) Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XXXVII. §. 18. S. 270. Man sehe auch Weber a. a. O. S. 196. folg.

31) *L. 5. D. h. t.* sagt: Verbi *de inofficioso* vis illa est: *docere immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum.*

Denn dies heißt nicht, daß eine Verneinung sich per rerum naturam nicht beweisen lasse, und daß also derjenige, der einen verneinenden Satz behauptet, eben darum von allem Beweise frey sey. Dieses würde ungereimt seyn, und auch andern gesetzlichen Vorschriften [32]) widersprechen. Der Sinn jenes Satzes ist vielmehr nur der, daß demjenigen, der eine gegen ihn angeführte Thatsache bestreitet, nach der Natur der Dinge kein Beweis obliege. Daß aber rechtlich genügende Beweise einer Verneinung allerdings sowohl direct, als indirect geführt werden können, läßt sich mit Grund gar nicht bezweifeln, und ist schon von andern [33]) hinlänglich gezeigt worden. Ueberdem darf ja der übergangene Bruder, wie Wernher [34]) ganz recht bemerkt, nur den Beweis auf sein Betragen gegen den Testirer richten, und kann hier der Zeugenbeweis in vorkommenden Fällen keine Dienste leisten, so bleibt ja doch immer noch die Eidesdelation übrig, deren Zulässigkeit bey verneinenden Sätzen

32) *L. 15. L. 25. D. de probat. L. 11. C. eodem. L. 5. C. de iniur. L. 5. C. de codicill. L. 13. C. de non num. pecun.* Man sehe *Ge. Mich. de* MEZGER Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. *Altdorfii 1800.* §. 26. und 27.

33) S. *de* COCCEJI Diss. de directa probatione negativae *Wolfg.* TRIER Diss. de onere probandi negantibus incumbente. Westphal vom rechtlichen Beweise einer Verneinung. Halle 1783. de MEZGER in Diss. cit. §. 28. et 29. und besonders Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 189. folg.

34) Lectiss. commentation. in Pandect. P. II. Lib. XXIIX. Tit. 2. §. 31.

tzen ſo wenig, als bey bejahenden, einem gegründeten Zweifel unterworfen iſt [35]).

§. 556.

Gegen wen wird die Querela inofficioſi angeſtellt?

Die Querel des liebloſen Teſtaments wird zwar zunächſt gegen den eingeſetzten Erbe angeſtellt, ſie findet aber auch gegen einen jeden andern Statt, welcher an deſſen Stelle tritt, er ſey deſſelben Erbe [36]), oder auch der Fiskus ſelbſt, welcher z. B. dem Teſtamentserben wegen ſeiner Unwürdigkeit die Erbſchaft entzogen hat [37]). Denn der Fiskus tritt

35) *L.* 25. §. 3. *D. de probat.* S. *de* MEZGER cit. Diſſ. §. 29. pag. 32. und beſonders Weber im angef. Buche S. 194. folg.

36) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. 82. §. 7.

37) *L.* 10. *C. h. t.* Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso teſtamento acturus eras, iure ſucceſſionis bona ad fiscum pertinent, vel ipſius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet; cauſam apud Procuratorem noſtrum agere potes. Anton Faber in Conjectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 2. findet hier Schwierigkeiten, und hält die Worte: *utpote vacantia* für unächt, und widerſinnig. Der Fall, ſagt er, wäre wohl möglich geweſen, daß die Güter des Quintinians dem Fiskus verfallen ſeyn konnten, wenn gleich die Erben deſſelben die Erbſchaft ſchon angetreten hatten. Man dürfe ſich nur den Fall denken, quod heredes inſtituti ea ipsa bona incapaci alicui ex fideicommiſſo tacito reſtituere rogati probarentur. Allein denn ſeyen doch dieſe Güter nicht als *vacantia* eingezogen worden. Auch Weſtphal von Teſtamenten §. 1034. S. 769. kann nicht begreifen, wie der Fiskus des Quintinians Güter als vacantia habe an ſich nehmen können. Denn hat er ſeinen Sohn enterbt, ſo

in die Stelle des Unwürdigen, oder überhaupt desjenigen ein, dessen Güter er eingezogen hat, und muß daher auch dessel-

muß er doch einen Erben ernannt haben. Dies ist entweder der Fiskus, oder ein anderer. In jenem Falle sind keine bona vacantia. In diesem müßte der ernannte Erbe vor dem Erblasser gestorben seyn. Dann wäre aber das Testament destitutum geworden, und die Inofficiosităts klage würde nicht passen. Trauet er nun gleich nicht, die Worte: *vel ipsius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet*, für einen unächten Zusatz zu halten, so macht er doch dem Kr. Alexander eben kein Compliment, wenn er seine Erklärung mit den Worten beschließt: Quandoque bonus dormitat Homerus! Es scheint ihm aber unbekannt geblieben zu seyn, was schon *Franc. de* AMAYA in Commentar. in tres posteriores libros Cod. Tom. I. (*Lugduni 1693.* f.) ad L. 4. Cod. de bonis vacant. nr. 4. et 5. pag. 133. und POTHIER in Pandect. Justinian. Tom. I. h. Tit. nr. XIII. not. e. pag. 190. so gründlich gegen die Kritic des Fabers erinnert, und zur Erläuterung der L. 10. gesagt haben. Quintinian hatte seinen Sohn enterbt, und fremde Erben eingesetzt. Gegen diese wollte der enterbte Sohn wegen des pflichtwidrigen Testaments Klage erheben. Allein das Vermögen war unterdessen an den Fiskus gekommen. Gegen wen war nun die Querel anzustellen? Vermuthlich hatte der Sohn in seiner Supplic nicht bestimmt angegeben, aus welchem Grunde sie der Fiskus eingezogen habe. Der Kaiser stellt sich also einen doppelten Fall als möglich vor. Einmal, daß die Güter der Erben des Quintinians, welche die Erbschaft angetreten hatten, iure successionis an den Fiskus gekommen waren; z. B. diese waren ohne Erben verstorben. Zum andern, daß bloß der Nachlaß des Quintinians allein von dem Fiskus, als bona vacantia, war eingezogen worden. Hier muß man sich den Fall gedenken, da die Erbschaft nach den damals noch geltenden legibus caducariis dem Fiskus zufiel. Man stelle sich also vor, daß einer von den Erben des

Quin-

desselben Verbindlichkeiten erfüllen [38]). Ist die Erbschaft mit einem Fideicommiß beschwert, so hat entweder der Fiduciar die Erbschaft bereits an den Fideicommissar abgeliefert, oder nicht. In dem erstern Falle ist die Klage gegen den Fideicommissar, als jetzigen Besitzer der Erbschaft, um so mehr anzustellen [39]), als derselbe loco heredis, und also wie

Quintinians ante apertas tabulas oder wenigstens vor der Antretung der Erbschaft gestorben sey. Hier fiel der vakante Erbtheil nach der Lege Julia caducaria an die Staatscasse. S. *Jo. Gottl.* HEINECCII Commentar. ad Legem Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. III. cap. 6. et 7. §. 4. und *Alb.* SCHULTE Diss. de iure fisci in hereditates privatorum. *Lipsiae 1740.* Cap. I. §. 6. und Cap. II. Es sey nun der eine, oder der andere Fall vorhanden, so könne der Sohn, rescribirt der Kaiser an ihn, die Querel gegen den Fiskus bey dem Procurator des Kaisers anstellen, welcher hier allein der competente Richter war. S. *Gottfr.* MASCOV de Procuratore Caesaris. §. 18.

38) *L. 16. §. 2. D. de his, quae ut indignis. L. 96. §. 2. D. de legat. I. L. 6. D. de iure fisci.*

39) *L. 1. C. h. t.* Cum de inofficioso matris suae testamento filius dicere velit adversus eum, *qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet:* non est iniquum, hoc ei accommodari, *ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede, aut pro possessore possideret.* Der Zweifelsgund war hier vorzüglich der, daß der Fiduciar auch noch nach der Restitution der Erbschaft wirklicher und wahrer Erbe bleibt; der Fideicommissar schien also nicht der rechte Beklagte zu seyn, gegen welchen die Querel mit der Wirkung angestellet werden könnte, daß dadurch das Testament selbst auch in Ansehung des directen Erben aufgehoben werde. Dennoch schien es den Kaisern Sever und Antonin der Billigkeit gemäß zu seyn, dem Sohn die

Klage

wie ein Erbe anzusehen ist [40]). Nach dem strengen Rechte bleibt zwar der directe Erbe (*fiduciarius*) noch immer Erbe, auch nachdem er die ganze Erbschaft abgetreten hat [41]); allein da nach dem Trebellianischen Senatusconsultum alle erbschaftliche Klagen, die nach dem Civilrechte dem Erben und gegen den Erben zustehen, auf den Fideicommissar übergehen [42]), so kann sich nun der Fiduciar mit der Einrede schützen, daß die Erbschaft bereits restituirt sey [43]). Ist hingegen die Erbschaft noch nicht abgetreten, so muß die Querel gegen den Fiduciar angestellet werden [44]); und wenn dieser auch während des Prozesses die Erbschaft an

Klage gegen den Fideicommissar, als Besitzern der Erbschaft, zu gestatten. Denn der directe Erbe konnte bey dem Prozeß kein weiteres Interesse haben, weil er die Erbschaft bereits abgetreten hatte. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß die Erbschaft ex SCto Trebelliano war restituirt worden. Denn hier war der Fideicommissar heredis loco. Geschahe hingegen die Restitution ex SCto Pegasiano, so wurde der Fideicommissar nur wie ein Legatar angesehen. §. 5. *J. de fideic. hereditat.* Das Letztere fällt nunmehr weg. Man vergleiche über dieses Gesetz vorzüglich *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 1. und *Marci.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. lib. I. Eccl. 5.

40) §. 3. 4. 5. et. 6. I. *de fideicom. hereditat.*

41) §. 3. I. *cit. de fid. hered.*

42. §. 4. I. *eodem.*

43) *L.* 27. §. 7. *D. ad. SCtum. Trebellian.*

44) Es ist jedoch nicht nöthig, daß der Fideicommissar adcitirt werde. Um indessen alle Collusion zu verhüten, ist dem Fideicommissar die Intervention erlaubt. *L.* 29. *D. h. t.* FABER *c. l. pag.* 597.

an den Fideicommissar abgeliefert haben sollte, so geht doch der Prozeß gegen den Fiduciar bis zur Sentenz fort, und es ist, wenn gegen den Fiduciar erkannt wird, die geschehene Restitution an den Fideicommissar wieder aufzuheben [45]). Sonst kann nach der Restitution der Fiduciar nur noch dann in Anspruch genommen werden, wenn er sich entweder muthwillig zum Rechtsstreit dargestellt, als wenn er die Erbschaft noch nicht restituirt hätte [46]), oder einen Theil derselben zurückbehalten hat. Denn die gegen den Fideicommissar gesprochene Sentenz hindert nicht, daß nicht der Fiduciar in Rücksicht seiner Person und des zurückbehaltenen Theils der Erbschaft immer noch als wirklicher Erbe anzusehen, und folglich in so weit das Testament noch nicht für rescindirt zu halten sey [47]). Hat jedoch der Ausgeschlossene zuerst gegen den Fiduciar geklagt, und ein obsiegliches Urtheil erhalten, wodurch das Testament rescindirt worden ist, so findet die Querel nicht weiter gegen den Fideicommissar Statt, sondern gegen diesen wird die ordentliche Erbschaftsklage angestellt [48]). Denn ist das Testament rescindirt, so kann auch das Fideicommiß nicht weiter gelten [49]).

Uebrigens ist noch in Absicht auf den eingesetzten Erben, wider welchen die Inofficiositätsklage erhoben wird, ein Unterschied zu machen, ob diese Klage von Kindern, Eltern oder Geschwistern

45) *L. 55. §. 5. D. ad SCtum. Trebell.* Westphals hermenevt. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1707. S. 1167.

46) *L. 63. §. 2. D. eod.* Westphal a. a. O. §. 1708.

47) S. FABER c. l. und LYCKLAMA c. l. pag. 27.

48) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 82. §. 6.

49) *L. 13. in f. D. h. t. L. 160. §. 2. D. de Reg. iuris.*

schwistern angestellet wird. Bey Kindern und Eltern kommt nichts darauf an, wer zum Erben eingesetzt worden ist [50]). Diese können die Querel gegen einen jeden Erben anstellen, und wenn auch der Landesherr selbst zum Erben eingesetzt worden wäre [51]). Es findet auch die Klage gegen einen Notherben Statt, wenn dieser mit Ausschließung des Klägers zum Universalerben ist eingesetzt worden [52]). Ist jedoch mit dem Notherben noch ein willkührlicher Erbe zugleich instituirt worden, so findet die Querel nur gegen den letztern Statt [53]). Z. B. Die Mutter hat in ihrem Testament einen Fremden, und dann eine von ihren beyden Töchtern eingesetzt, die andere aber präterirt. Hier kann die übergangene Tochter nur gegen den im Testament eingesetzten fremden die Querel anstellen, gegen ihre Schwester hat sie keine Klage [54]). Denn die Klägerin kann mehr nicht verlangen, als was dieselbe ab intestato bekommen haben würde. Diesen Theil kann sie nicht von ihrer eingesetzten Schwester fordern, die selbst nicht mehr aus dem Testament erhalten hat,

50) *L. 31. §. 1. D. h. t.* Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.

51) *L. 8. §. 2. D. h. t.*

52) VOET in Commentar. ad Dig. h. t. §. 12. Es ist daher lächerlich, wenn MENCKEN in Doctrina de actionib. for. Sect. III. cap. II. membr. III. §. 18. dem Beklagten die exceptio competentis iuris cohereditarii giebt; welcher deshalb vom MADIHN not. 1194. ad *Eundem* zu recht gewiesen worden ist.

53) DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. pag. 1100.

54) *L. 19. D. h. t.*

hat, als was ihr, wenn auch das Testament rescindirt wird, ab intestato gebührt [55]). Ausserdem können nach befinden der Umstände auch Kinder gegen ihre Eltern, und Eltern gegen ihre Kinder die Querel anstellen [56]). Z. B. eine Mutter hat ihren Sohn enterbt, und den Vater desselben zum Erben eingesetzt [57]); oder ein Sohn hat seine Mutter über-

55) Donellus c. l.

56) vobt c. l.

57) Von diesem Falle versteht Voet die *L.* 22. *pr. D. h. t.* wo Tryphonin sagt: Filius non impeditur, quominus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet, vel *adiisset hereditatem*, quanquam in eius esset potestate: nec prohiberi patrem, dixi, *iure filii* accusare: *nam indignatio filii est.* Allein hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo der Sohn, den die Mutter enterbt hatte, noch unter der väterlichen Gewalt steht. Hier kann nicht der Sohn selbst ohne Einwilligung des Vaters klagen, sondern der Vater stellt die Querel filii sui nomine an. *L.* 17. §. 10. *et* 11. *D. de injur. L.* 8. *pr. D. h. t.* Noch weniger konnte hier der Sohn gegen den Vater selbst klagen. *L.* 4. *D. de iudic.* Daher bemerkt pothier in Pandect. Justinian. Tom. I. h. t. nr. L. not. e. daß Tryphonin so zu verstehen sey, wenn auch dem Vater in dem Testament ein Vermächtniß wäre hinterlassen worden, so hindere dieses den Sohn nicht, quominus *per patrem*, cui *huius querelae ius, sicut caetera omnia, vi patriae potestatis acquirit*, inoff. testamentum matris accusaret. Westphal von Testamenten §. 1096. stellt sich den Fall so vor, als wenn dem enterbten Sohn ein Legat wäre vermacht worden, welches der Vater für den Sohn angenommen hat. Allein aus dem §. 1. ergiebt sich das Gegentheil, wo es heißt, der Vater mache sich des Legats nicht verlustig, wenn er auch den Prozeß verliert, weil er im

Namen

übergangen, und seine Schwester eingesetzt [58]). Hingegen können Geschwister nur gegen einen solchen Erben klagen, der eine infamirte oder verächtliche Person ist [59]). Wenn daher z. B. von zwey Erben der eine eine anständige, der ande-

Namen seines Sohns geklagt hat. Allein wie soll man sich nun den Fall denken, wenn Tryphonin weiter sagt: *vel adiisset hereditatem?* Wenn der Vater selbst zum Erben eingesetzt ist, so kann er doch nicht im Namen seines Sohns gegen sich selbst klagen! Man muß sich also, wie auch *Jos. Fernandez de* RETES in Adversariis de inofficioso testamento cap. 24. (in *Ger.* MEERMANNI novo Thes. iur. civ. Tom. VI. pag. 541.) bemerkt hat, einen solchen Fall gedenken, wo der Vater einen Miterben hatte. Die Worte: Quamquam in eius esset potestate sind ein Zweifelsgrund. Denn da der Sohn das ius querelae dem Vater erwarb, in dessen Gewalt er noch war, so schien dem Vater entgegen zu stehen, daß er durch die Annahme des Legats den letzten Willen der Testirerin anerkannt hatte. Allein wer das Testament, das er als lieblos anfechten konnte, anerkennt, kann sich nachher nur nicht mehr über ein Unrecht, über eine Beleidigung des Testirers gegen sich beschweren. Allein hier beschwert der Vater sich über ein Unrecht der Testirerin gegen ihren Sohn. Er klagt nicht aus eigenem Rechte, sondern *iure filii.* Die *Basilica* Tom. V. Lib. XXXIX. pag. 203. haben die Stelle so übersetzt: Εἴτε ληγάτον ὁ πατήρ μου λάβη ἐκ τῆς μητρώας μου διαδήκην, ἢ καὶ τὴν κληρονομίαν αὐτῆς, ὃν κωλύομαι, καὶ ὑπεζούσιος αὐτῇ ὢν κινεῖν τὴν κατὰ τῆς διαδήκης μεμψιν, καὶ ὁ πατήρ μου ὀνόματί μου κινεῖ. *Si pater meus legatum accepit ex testamento matris meae, vel etiam hereditatem eius, non prohibeor, etiam si in eius potestate sim, agere querela inofficiosi, et pater meus nomine meo agit.*

58) *L. 17. C. h. t.*

59) *L. 27. C. h. t.*

andere aber eine schändliche Person ist, so können die präterirten Geschwister nur gegen den letztern Erben die Inofficiositätsklage anstellen, und desselben Antheil an sich bringen [60]). Wird der Querulant Erbe des Testamentserben, so fällt die Klage weg, wenn nicht noch ein anderer Miterbe da ist, gegen den die Klage gerichtet werden kann [61]). Auf jeden Fall aber kann die Querel erst nach geschehener Antretung der Erbschaft gegen den Testamentserben angestellt werden [62]). Denn wird die Erbschaft aus dem Testament nicht angetreten, so ist die darin geschehene Enterbung ohne Wirkung, und kann daher auch dem Enterbten nicht schaden [63]). Die Enterbung wird also, wie Retes [64]) sagt, erst durch die Antretung der Erbschaft aus dem Testament bestätiget. Diesem gilt vollkommen gleich, wenn der eingesetzte Erbe die Bonor. possessio secundum tabulas erhalten hat [65]). Damit jedoch der eingesetzte Erbe seine Erklärung nicht zur Ungebühr verzögere, so ist ihm eine Zeit gesetzt, binnen welcher er sich erklären muß, ob er die Erbschaft annehmen wolle, oder nicht. Dieses ist eine Frist von 6 Monaten, wenn beyde Theile in eben derselben Provinz wohnen, von einem Jahre hingegen, wenn sie in verschiedenen Provin-

60) *L. 24. D. eod.* Westphal von Testamenten. §. 1040.

61) *L. 31. §. 2. D. h. t.*

62) *L. 8. §. 10. D. h. t.* — Ante aditam hereditatem nec nascitur querela.

63) *L. 20. D. de Bonor. poss. contra. tabul.*

64) Adversar. de inofficioso testam. Cap. XVIII. §. 10.

65) *L. 12. §. 5. D. de bonis libertor.* Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est, neque petita bonorum possessio, liberis exheredatio non nocet.

vinzen ihr Domicilium haben [66]). Heut zu Tage kann zwar dem Erben auf Ansuchen des Klägers eine präclusivische Frist zu seiner Erklärung von dem Richter gesetzt werden [67]); tritt jedoch der Erbe die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventariums an, so darf ihm wenigstens die mit dieser Wohlthat gesetzlich verknüpfte Deliberationsfrist nicht benommen, noch demselben zugemuthet werden, sich vor Vollendung des Inventariums mit dem Ausgeschlossenen in einen Prozeß einzulassen [68]).

§. 557.

Grund und Zweck der Inofficiositätsquerel.

Soviel den Grund der Querel anbetrift, so kommt es auf die Frage an, ob der ehemalige Vorwand, dessen sich ursprünglich der Kläger bedienen mußte, als ob der Testirer nicht bey gesunden Verstande könne gewesen seyn, daß er eine so unbillige Anordnung über seinen Nachlaß gemacht hat [69]), auch noch nach dem neuesten Rechte Statt finde, und daher heutiges Tages noch zur Begründung dieser Kla-

ge

66) *L. 36. §. 2. Cod. h. t.*

67) S. Westphal von Testamenten §. 1037. S. 772.

68) *L. 22. §. 11. C. de iure delib.* Donec autem inventarium conscribitur: vel si res praesto sint, *intra tres menses:* vel si abfuerint, *intra annale spatium*, nulla erit licentia, neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad iudicium vocare; — *sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum.* S. Carl Reichshelms Versuch einer Auslegung dunkler für dem Theor. und Praktiker gleich wichtiger Gesetze. Nr. VI. §. 8. u. 9.

69) *L. 2. D. h. t.*

ge erforderlich sey? Es giebt hierüber dreyerley Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Einige [70]) wollen behaupten, daß jener color furoris auch durch die Novelle 115. nicht aufgehoben, sondern sogar auch dann zum Grunde zu legen sey, wenn die Querel von Kindern oder Eltern angestellet wird. Denn zeugt nicht, sagt man, die falsche Beschuldigung eines unschuldigen Kindes von Abwesenheit des ruhigen Selbstbewußtseyns? Es thue nichts, daß die Vermächtnisse gültig bleiben, denn die fictio furoris sey durch das neue Gesetz nur auf die Erbeinsetzung eingeschränkt, dahingegen die übrigen capita testamenti, tanquam a sano homine facta, für gültig erklärt würden. Andere [71]) hingegen machen einen Unterschied zwischen Kindern, Eltern und Geschwistern, und glauben, daß zwar bey den Kindern und Eltern, wenn sie die Querel anstellen, der alte Vorwand einer Wahnsinnigkeit unnöthig sey, indem sich dieselben darin gründen könnten, daß die im Testament angeführte Ursache unwahr sey, und nimmermehr vom Beklagten erwiesen werden kön-

70) *Vigl.* ZUICHEMUS in Commentar. in dec. titulos. Institution. h. t. Princ. nr. 2. p. 174. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad Princip. I. h. t. nr. 8. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. und Westphal von Testamenten §. 1009.

71) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 2. D. h. t. *Claud.* CHIFLETIUS de iure fideicommissor. lib. III. cap. 12. (in *Operib. quae de iure fec.* P. I. *Lugd. 1584.* 8.) pag. 361. *Chr. Fried. Beni.* HOMMEL *Diss.* de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. §. XII. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de origine querelae inoff. §. 30. et 31. *Jo. Chr.* WOLTAER in Observat. iur. civ. et Brand. Fasc. I. Obs. 26. pag. 225. et Fasc. II. Obs. 27. Book Lehre von der Enterbung §. 13. u. §. 23.

ne; dahingegen bey der Querel der Geschwister jene Fiction noch heutiges Tages gebraucht werden müßte. Denn in Ansehung derselben sey das alte Recht nicht abgeändert. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [72], welche ohne Unterschied behaupten, daß es heutiges Tages des coloris dementiae bey der Querel gar nicht mehr bedürfe, sie möge von Kindern, Eltern oder Geschwistern angestellet werden. Denn die Römischen Rechtsgelehrten mußten zu jener Fiction darum ihre Zuflucht nehmen, weil sonst durchaus kein Mittel übrig war, ein Testament zu impugniren, welches nach den Gesetzen der zwölf Tafeln eine unumstößliche Gültigkeit hatte. Wäre die Inofficiositätsklage gleich anfangs durch ein ausdrückliches Gesetz eingeführt worden, so hätte es nie eines solchen Vorwandes bedurft. Da nun in der Folge die Querel, und zwar in Ansehung der Geschwister durch die Ver-

72) STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 3. *Ge.* FRANZKIUS in Commentar. in Pand. h. t. nr. 12. pag. 209. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. XV. §. 5. *Bern.* SCHOTANUS Exam. iurid. h. t. pag. 268. (*Amstelod. 1646. 8.*) *Corn. van* BYNCKERSHOECK Observat. iuris Rom. Lib. II. c. 12. *Ev.* OTTO in Comment. ad Pr. Institut. h. t. BOEHMER doctr. de actionib. Sect. II. cap. 3. §. 37. *Tob. Jac.* REINHARTH Select. Observation. ad *Christinaei* Decision. Vol. IV. Obs. 83. pag. 138. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de victoria querelae inoff. tertio proficua. §. 8. *Dan. Frid.* HOHEISEL in Diss. I. de fictionibus iuris, in cerebro ICtorum natis atque e sana iurisprudentia eliminandis. *Halae 1727.* §. 36. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1690. not. a. *Chr. Jac.* ZAHN in Diss. de fictionibus iuris Rom. praes. *Christ.* GMELIN *Tubingae 1787.* pag. 29. MADIHN Princip. iur. Rom. de Succeff. §. 141. und Stein Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Testamenten §. 34. S. 141. folg.

Verordnung des Kaisers Constantin in der L. 27. Cod. h. t. in Ansehung der Kinder und Eltern aber durch die Nov. 115. ihre gesetzliche Bestimmung erhalten hat, so falle der Grund jenes ehemaligen Vorwandes weg.

Soviel ist gewiß, daß bey der Querel der Kinder und Eltern das alte Fundament eines erdichteten Wahnsinns des Erblassers durch die 115. Novelle ist aufgehoben worden. Die Worte des 3. und 4. Kap. *Si autem haec observata non fuerint* etc. lassen nicht den mindesten Zweifel übrig, daß nach Maasgebung derselben der Grund der Querel, so wie sie von Justinian modificirt worden ist, darin zu setzen sey, daß die Ausschließung ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursache geschehen, oder daß die dem Kläger zur Last gelegte Ursache, wenn sie auch gesetzmäßig, doch ganz ungegründet, und folglich das Testament für pflichtwidrig zu halten sey [73]). Noch mehr aber sieht man, daß nach der Nov. 115. die alte Fiction wegfalle, auch daraus, weil außer der Erbeinsetzung alles gültig bleibt. Denn der Grund, warum ehemals das ganze Testament auch mit seinen Anhängen durch die Querel aufgehoben ward, wird ja ausdrücklich darin gesetzt, *quia crederetur, quasi furiosus testamentum facere non potuisse*; wie Claudius bey Scävola [74]) bemerkt hat, daher fielen auch die Legate weg, *quasi a demente* relicta [75]).

Allein wenn Geschwister die Querel anstellen, denen der Testirer eine schändliche Person vorgezogen hat,

73) S. MENCKEN Doctr. de action. for. pag. 373. und CARRACH Adnotat. ad BOEHMERI doctr. de actionib. pag. 182.

74) *L. 36. D. de legat. III.*

75) *L. 13. D. h. t.*

so läßt sich die Novelle 115. auf sie nicht anwenden, da sie der Geschwister mit keinem Worte erwähnet [76]). Bey deren Ausschließung sind auch keine Beleidigungsursachen gesetzlich bestimmt, sondern alles ist beym Alten geblieben. Hier halte ich es also für nöthig, daß der Kläger das alte Fundament zum Grunde lege, wenn er den Effect intendirt, daß das Testament ganz, und folglich auch in Ansehung der Vermächtnisse, aufgehoben werde. Denn Grund und Wirkung der Klage sind hier unzertrennlich verbunden. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß hierin durch die *L.* 27. *C. de inoff. testam.* etwas geändert sey. Denn sonst wäre unbegreiflich, wie die Verfasser der Pandecten aus Marcians Institutionen die Stelle hätten excerpiren können [77]). Hoc colore de inofficioso testamento agitur, *quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent.* Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit: sed rite quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. Nam si vere furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum. Gesetzt aber auch, sie hätten diese Stelle gedankenlos abgeschrieben, so würde es ihnen doch wenigstens nachher noch beygefallen seyn, daß der color furoris aufgehoben sey, wie sie aus Marcells Digesten die Stelle [78]) aufnahmen: Huius autem verbi *de inofficioso* vis illa est, docere immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque *illo colore* defenditur apud iudicem, *ut*

videa-

76) S. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. XVII. not. *f.* pag. 404.

77) L. 2. D. h. t.

78) *L. 5. D. eodem.*

videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret, wenn sie nicht vielmehr hierdurch das Gegentheil lehren, und ein noch gültiges Fundament der Querel hätten bezeichnen wollen. Es würde auch gewiß Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über Justinians Institutionen bey dem Titel *de inofficioso testamento* seinen Zuhörern, denen er sie, wie Wilh. Otto Reitz [79]) mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt hat, in die Feder dictirte, wenigstens mit zwey Worten gesagt haben, der color insaniae testatoris sey jetzt eine Antiquität, wenn dem wirklich so gewesen wäre. Allein er paraphrasirt gerade so, wie der Text Princ. I. h. t. in den Institutionen lautet: [80]) Ἐν ἐσχάτῃ τοίνυν βοηθείᾳ ἐπενοήθη τοῖς παισὶ de inofficioso, μεμφομένοις καὶ λέγουσιν, ἀδίκως αὐτὰς ἐξεριθάτας γενέσθαι ἡγοῦν παραιτερίτευθῆναι, τοῦτο προϊσχομένοις τὸ χρῶμα, ὡς ὅτι μεμηνὼς ἦν ὁ τελευτήσας, ἡνίκα τὴν διαθήκην διετύπα. Hierzu kommt, daß die oben aus Marcians Institutionen angeführte Stelle auch wörtlich in die Basiliken [81]) übertragen worden ist; und in den Scholien [82]) derselben wird noch die Bemerkung gemacht: *infirmatur enim testamentum, ac si a furioso factum. Cur enim furorem non dicemus, naturae succensere?* Es ist daher ganz unrichtig, wenn Barthol. Leonh. Svendendörfer [83]) in seinem Formular, den Grund der Klage

79) *Praefat.* editioni suae praem. (*Hagae Comit.* 1751. 4.) §. 46. pag. 27.

80) Tom. I. pag. 416. seq.

81) Tom. V. Lib. 39. Tit. 1. pag. 195.

82) Tom. V. pag. 222.

83) Tract. theor. pract. de actionibus successoriis pag. 87.

so gefaßt hat: Da nun solch Testament darum, weil Beklagter wegen des begangenen Verbrechens des Landes verwiesen worden ist, zu Recht nicht bestehen kann ꝛc.

Der Zweck der Querel geht nun auf Rescission des Testaments und Abtretung der Erbschaft [84]). Nicht immer kann man jedoch durch die Querel die ganze Erbschaft einklagen, sondern zuweilen ist diese Klage nur eine *hereditatis petitio partiaria*. Hierher gehören folgende Fälle.

I) Wenn der ausgeschloßene Notherbe nicht der einzige Intestaterbe ist. Hier kann er nur auf den Theil der Erbschaft klagen, den er *ab intestato* bekommen haben würde [85]). Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Der ausgeschlossene Notherbe stellt die Querel in einem Falle an, wo noch andere nicht übergangene Notherben vorhanden sind. Auf diesen Fall beziehen sich folgende Gesetzstellen.

a) *L.* 8. §. 8. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: utputa, sumus duo filii exheredati; et utique faciat, ut *Papianus* respondit. Et *si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.* Ein Vater hatte seine beyden Söhne enterbt, und einen Fremden zum Erben eingesetzt, jedoch dem einen

84) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 547.

85) Man vergleiche vorzüglich *Ed.* SCHRADER Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoffi. testamenti. §. 64. seqq.

einen Sohne soviel vermacht, als sein Pflichttheil zur Zeit Ulpians betrug. Hier entstand erstens die Frage, kann der Sohn die Querel anstellen, dem der Vater den Pflichttheil hinterlassen hat? Mit Recht entscheidet Ulpian diese Frage verneinend. Denn wer seinen Notherben den Pflichttheil hinterläßt, und dies konnte zu Ulpians Zeiten auch titulo singulari geschehen, ist gegen die Querel gesichert. Allein wie wenn dem Sohn nicht der vierte Theil des ganzen Vermögens, sondern nur der vierte Theil der Hälfte, welche er ab intestato geerbt haben würde, wäre ausgesetzt worden; muß er sich auch dann damit begnügen, wenn der andere enterbte Sohn nicht klagt, weil er vielleicht mit Recht enterbt worden ist, oder kann er nicht vielmehr hier den vierten Theil der ganzen Verlassenschaft fordern? Keinesweges, weil bey der Berechnung des Pflichttheils auch das enterbte Kind mitgezählt wird, eben so, als ob es mit Antheil nähme [86]). Allein wie wenn der entgegengesetzte Fall eintritt, und das enterbte Kind, dem nichts vermacht worden ist, klagt, und auch wegen der unbilligen Enterbung klagen kann? Hier entsteht die Frage, ob auf das andere enterbte Kind, welches auf den Pflichttheil gesetzt ist, und daher nicht klagen kann, Rücksicht zu nehmen sey? (an is, qui queri non potest, querenti partem faciat?) Diese Frage ist nach dem Ausspruche Ulpians ebenfalls zu bejahen. Denn der enterbte Sohn kann hier durch die Querel nicht die ganze Erbschaft, sondern nur die Hälfte derselben als den Theil einklagen, welchen er ab intestato bekommen haben würde. Nach dieser Erklärung fällt nun alle Kritic bey dieser Stelle als unnütz hinweg, und es ist gar kein Grund vorhanden, die Worte: *et si dicam inoffi-*

86) Westphal von Testamenten §. 395. S. 281.

cioſum, non totam hereditatem debeo, ſed dimidiam petere, mit Anton Faber [87]) und Deſiderius Heraldus [88]) für einen unächten Zuſatz eines unwiſſenden Interpreten zu halten, was auch ſchon Ulrich Huber [89]) widerlegt hat. Ich will nur noch theils zur Beſtärkung der vorgetragenen Erklärung, theils auch zur völligen Widerlegung der unnöthigen Faberſchen Kritic, hier kürzlich hinzufügen, wie die Stelle in den Baſiliken lautet, und wie ſie von den Scholiaſten derſelben verſtanden worden iſt. In den *Baſilicis* Lib. 39. Tit. 1. [90]) iſt der Sinn jener Stelle ſo gefaßt: Ὁ μὴ κινῶν, μειοῖ το μέρος τῦ κινοῦντος, εἰ γὰρ εἰσι δύο πᾶιδες, ὁ εἷς γινῶν οὐκ ἀπαιτεῖ τὴν ὅλην κληρονομίδην, ἀλλὰ τὸ ἥμισυ. d. i. *Qui non agit, minuit partem eius, qui agit, ut ſi ſint duo filii, is, qui agit, ſolus non aſſem, ſed ſemiſſem petit.* Der Scholiaſt erläutert nun dieſe Stelle ſo [91]): Quoniam iam ante diximus, legitimam portionem, relictam filio, excludere querelam, illud inde quaeri inſpicique dignum eſt, an filius exheredatus, qui non queritur, partem faciat fratri? Hoc vero quid ſit, oſtendam apertius. Quidam habens duos filios, extraneum inſtituit heredem, filios exheredavit, et uni filio reliquit octavam partem bonorum ſuorum, alteri nihil, hic vero filius, cui nihil reliquit pater, tacet,

87) In Rational. ad L. 8. §. 8. D. h. t.

88) De rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 14. §. 4. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* a Tom. II. pag. 1225. ſeq.)

89) In Eunomia Rom. (*Franequerae 1700.*) ad L. cit. 8. §. 8. D. h. t. §. 4. pag. 248.

90) Tom. V. pag. 198.

91) Tom. V. pag. 239.

tacet, nec repudiat tamen querelam, alter, qui habet octavam partem ex voluntate teſtatoris, vult etiam habere alteram octavam, dicens fratrem ſuum exheredatum et tacentem pro mortuo haberi, et ſe ſolum ſupereſſe filium defuncti, ac conſequenter deberi ſibi integram portionem legitimam. Et haec eo dicente et allegante, *Papinianus* ait, partem ei facere fratrem, qui tacet non repudiandi animo, hoc eſt, partem ſimul cum illo habere, nec ſolum illum ſupereſſe videri, qui modo inſurgit, nec debere ferre integram portionem legitimam. Partem vero facit fratri, adeo, ut cum nihil ſibi reliquerit teſtator, et competat querela inofficioſi ad reſcindendum teſtamentum, taceat vero ipſe, et alter agat, ex parte tantum reſcindatur teſtamentum.

b) *L.* 19. *D. h. t.* wo Paulus folgenden Fall vorträgt: Mater decedens, extraneum ex dodrante heredem inſtituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit; haec de inofficioso egit, et obtinuit. Quaero, ſcriptae filiae quomodo ſuccurrendum ſit? reſpondi: *filia praeterita id vindicare debet, quod inteſtata matre habitura eſſet.* Itaque dici poteſt, eam, quae omiſſa eſt, etiamſi totam hereditatem ab inteſtato petat, et obtineat, ſolam habituram univerſam ſucceſſionem, quemadmodum ſi altera omiſiſſet legitimam hereditatem. Sed non eſt admittendum, ut adverſus ſororem audiatur, agendo de inofficioſo. Praeterea dicendum eſt, non eſſe ſimilem omittenti eam, quae ex teſtamento adiit, et ideo ab extraneo ſemiſſem vindicandum: et defendendum, totum ſemiſſem eſſe auferendum, quaſi ſemis totus ad hanc pertineat. Secundum

quod

quod non in totum teſtamentum infirmatur, ſed pro parte inteſtata efficitur: licet quaſi furioſae iudicium ultimum eius damnetur. Caeterum ſi quis putaverit, filia obtinente, totum teſtamentum infirmari: dicendum eſt, etiam inſtitutam ab inteſtato poſſe adire hereditatem. Nec enim, quae ex teſtamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem neſcit ſibi deferri: cum et hi, qui ſciant, ius ſuum eligentes id, quod putant ſibi competere, non amittant: quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti, falſa opinione motus, amplexus eſt; is enim non videtur bonorum poſſeſſionem contra tabulas repudiaſſe. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare: cum, reſciſſo teſtamento, etiam inſtitutae ſalvum ius ſit adeundae hereditatis.

Dieſe Stelle iſt etwas dunkel wegen der vielen eingemiſchten Zweifelsgründe. Sondert man aber dieſelben von der Entſcheidung des Geſetzes ſelbſt gehörig ab, ſo wird alle Dunkelheit verſchwinden. Der Fall iſt der: eine Mutter hatte in ihrem Teſtamente einen Fremden zu drey Viertheilen, und daneben noch eine von ihren Töchtern in dem übrigen Theile der Erbſchaft eingeſetzt, die andere Tochter aber präterirt. Die ausgeſchloſſene Tochter ſtellte nun gegen das mütterliche Teſtament die querelam inofficioſi an, und gewann den Prozeß. Es entſtand alſo die Frage, ob ſich die Klägerin den ganzen Nachlaß anmaßen könne? Paulus beantwortet die Frage dahin, die übergangene Tochter hätte eigentlich nur auf den Theil der Erbſchaft klagen ſollen, den ſie bekommen haben würde, wenn die Mutter ohne Teſtament verſtorben wäre, alſo auf die

Hälfte.

Hälfte. Nun aber hatte sie in dem gegenwärtigen Falle durch die Querel das Testament umgestossen. Es könnte also scheinen, daß, wenn sie auch die ganze Erbschaft ab intestato verlange, solche der präterirten Tochter nicht abgesprochen werden könne[92]), weil die andere im Testamente eingesetzte Tochter durch Annehmung ihres Erbtheils sich der gesetzlichen Erbfolge begeben zu haben scheint. Diesem Einwurfe, den sich der Jurist selbst macht, begegnet er jedoch auf folgende Art. Es sey nicht zu behaupten, daß in dem vorliegenden Falle das ganze Testament umgestossen worden sey. Denn die übergangene Tochter konnte doch die Querel nur gegen den im Testament instituirten Fremden anstellen, gegen ihre Schwester hatte sie keine Klage, in Ansehung derselben bleibe also das Testament gültig. Sey nun aber das Testament nur in Ansehung des fremden Erben als pflichtwidrig rescindirt worden, so könne ja auch die causa intestati nur in Absicht auf die drey Viertheile der Erbschaft eintreten, welche dem fremden Erben im Testament waren hinterlassen worden; folglich könne doch die übergangene Tochter nicht die ganze Erbschaft fordern. Sie könne aber auch nicht einmal den ganzen dodrantem verlangen, als ob sie die alleinige Intestaterbin wäre. Denn es lasse sich mit Grund nicht behaupten, daß die andere Schwester durch Annehmung ihres Erbtheils aus dem Testamente

92) Daß Paulus einen solchen Fall hier annehme, wo die Tochter auf die Aufhebung des ganzen Testaments geklagt hatte, welches ihr doch nicht zustand, glaubt auch Cujaz ad h. L. ferner Faber in Rational. ad h. L. und *Luc. van de* POLL de exheredat et praeterit. cap. 78. §. 17. Das Itaque bedeutet also hier soviel als atqui.

mente sich der Intestaterbschaft begeben habe. Die Klägerin werde also von dem dodrante, welcher dem fremden Testamentserben abgestritten worden ist, mehr nicht erhalten, als den semissem, den sie ab intestato aus der mütterlichen Erbschaft bekommen haben würde. Das übrige Viertel von dem dodrante hingegen wird sie, da das Testament nun einmahl in Ansehung des fremden Testamentserben wäre aufgehoben worden, ihrer eingesetzten Schwester überlassen müssen [93]). Denn ein für allemal konnte die ausgeschlossene Tochter von dem fremden Testamentserben mehr nicht, als die Hälfte der ganzen Erbschaft fordern, als soviel ihr ab intestato gehört hätte; und es lasse sich daher vollkommen rechtfertigen, wenn die andere Hälfte der Erbschaft der eingesetzten Tochter zugesprochen wird [94]). Auf solche Art werde also das Testament nicht ganz aufgehoben, und die Intestaterbfolge trete nur pro parte ein. Wollte man aber auch, setzt Paulus noch zu mehrerer Bestärkung seiner Behauptung hinzu, allenfalls behaupten, daß das

93) S. POTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIV. not. l. pag. 194.

94) Die Worte: *quasi semis totus ad hanc pertineat*, sind also wahrscheinlich von der instituirten Tochter zu verstehen, wie auch Westphal von Testamenten §. 1042. S. 777. glaubt, und eben dies bestärken auch die *Basilica* Lib. XXXIX. Tit. 1. Tom. V. pag. 201. wo die *L. 19. h. t.* nach Fabrots Version so lautet: *Quaedam mulier habens duos filios, unum ex quadrante heredem scripsit, alterum praeterivit, et extraneum ex dodrante. Praeterito est tantum actio in extraneum, per quam semissem recipit, atque ita defuncta, et ex testamento, et ab intestato heredem habet. Concurrit enim cum eo, qui agit, frater, qui heres scriptus est, et percipit reliquum quadrantem.*

das Testament der verstorbenen Mutter durch die Querel der ausgeschlossenen Tochter ganz aufgehoben worden wäre, so würde doch auch in diesem Falle die präterirte Tochter mehr nicht als die Hälfte der mütterlichen Erbschaft verlangen können, weil sie nicht die einzige Intestaterbin ist. Denn von der andern eingesetzten Tochter läßt sich nun ein für allemal nicht behaupten, daß sie durch Antretung der Erbschaft aus dem Testamente auf die Intestaterbschaft Verzicht gethan habe. Denn sie konnte ja die Erbschaft nicht gleich Anfangs ab intestato antreten, weil ein Testament da war, welches sie ihrer Seits nicht anfechten durfte; auch konnte sie nicht voraussehen, ob ihre Schwester den Prozeß gewinnen, und ihr die Erbschaft ab intestato zufallen würde. Wer sich nun eines Rechts nicht bedient, dessen er sich nicht bedienen konnte, begiebt sich desselben nicht, er kann folglich desselben nicht verlustig erklärt werden, wenn es ihm nachher deferirt wird. So läßt sich nun diese schwierige Stelle, deucht mir, ganz wohl verstehen. Zwar will Westphal [95]) den guten Paulus einer grossen Sünde beschuldigen, daß er der Klägerin nur die Hälfte der mütterlichen Erbschaft zugesprochen, sie müsse vielmehr die drey Viertheile bekommen, die dem extraneus hinterlassen worden sind. Denn das Testament werde nur zum Theil umgeworfen, nämlich zum Theil des Fremden. Zum Theil der eingesetzten Tochter hingegen bleibe es gültig; und doch soll diese mehr bekommen, als was ihr im Testament gegeben ist, wie reimt sich das? Allein Westphal hätte sich nur den Fall richtiger vorstellen sollen, den Paulus vor Augen hatte. Der römische Jurist geht von dem ganz rich-

95) a. a. O. S. 775. folg.

richtigen Grundsatze aus, die präterirte Tochter kann durch die Querel mehr nicht verlangen, als soviel sie ab intestato erhalten hätte, (*filia praeterita id vindicare debet, quod, intestata matre, habitura esset.*) Wäre nun die Mutter ohne Testament gestorben, so hätte ihr die Hälfte der ganzen Erbschaft gehört. Sie konnte also auch nur auf diese Hälfte, und zwar gegen den eingesetzten fremden Erben, klagen, (*et ideo ab extraneo semissem vindicandum*). Gegen ihre eingesetzte Schwester konnte sie ohnehin nicht klagen, da diese ebenfalls eine Intestaterbin ist, und im Testament noch nicht einmahl so viel erhalten hat, als ihr Intestaterbtheil beträgt. Die eingesetzte Tochter wird folglich ihren vierten Theil, der ihr im Testament hinterlassen worden, behalten. Das Testament kann also unter diesen Umständen nicht ganz aufgehoben werden, (*secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur,*) sondern eigentlich nur pro semisse. Wäre nun der Fall, von dem Paulus spricht, nach dieser richtigen Ansicht der Sache, von den Centumviralrichtern entschieden worden, so hätte das übrige Viertel von dem dodrante dem fremden Testamentserben verbleiben müssen, wie auch Anton Faber[96]) ganz richtig behauptet, den Westphal[97]) aus unrichtiger Ansicht der Sache eines Irrthums beschul-

96) Rational. in L. 19. D. h. t. Tom. I. pag. 167. — wo er sagt: *Atque ita reliquus quadrans necesse est, ut ex eodem testamento remaneat penes extraneum ex dodrante institutum: nec enim potest ei auferri sive per filiam praeteritam, quae de inofficioso egit et obtinuit, quia non nisi pro semisse rescissum est testamentum, neque per filiam institutam, quia non fuit nisi ex dodrante instituta.*

97) Von Testamenten §. 1042. S. 777.

beschuldiget, denn es liegt dieses ganz im Geist der Entscheidung des Paulus[98]). Damit kommt auch die Erklärung des Scholiasten der Basiliken[99]) überein, aus welcher ich nur folgende Worte zur Bestärkung nach Fabrots Version anführen will: *Unde apparet, non in totum rescindi testamentum, sed* PRO SEMISSE *tantum matrem* INTESTATAM *fieri. Agit igitur filia praeterita* PRO PARTE, *et rescindit testamentum pro parte.*

So stimmen nun also Ulpian und Paulus darin überein, daß, wenn ein übergangener oder enterbter Notherbe die Querel in einem Falle anstellt, wo noch andere nicht übergangene Notherben vorhanden sind, die Klage nur darauf gerichtet werden könne, was der ausgeschlossene Notherbe ab intestato erhalten haben würde, und daß in einem solchen Falle das Testament nur pro parte rescindirt werde. Eben dieses behaupten unter den neuern Rechtsgelehrten auch Noodt[100]), Struv[1]), Cocceji[2]), Reuter[3]) und Hofacker[4]). Ein gleiches gilt

2) in dem Falle, wenn mehrere zur Querel gleich berechtigte zusammen treffen. Auch hier kann der Regel nach ein

98) Man sehe auch SCHRADER Commentat. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. test. §. 65.

99) Tom. V. pag. 250. a. E. u. folg.

100) Commentar. in Dig. h. t. pag. 165. seq. (*Oper.* Tom. II.)

1) Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 23.

2) Jur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

3) Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti — intuitu non querentis. §. 40.

4) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1699.

ein jeder nur auf den Theil der Erbschaft klagen, den er ab intestato erhalten haben würde, und in so weit kann er also auch nur sein Gesuch auf Rescission des Testaments richten. Wenn also z. B. der Testirer seine beyden Kinder enterbt, und einen Fremden zum Erben ernennt hat, so kann jedes Kind nur zu seinem Antheil auf die Rescission des Testaments klagen [5]). Was jedoch der Kläger in eigener Person durch die Querel nicht ausrichten kann, das erlangt er zuweilen durch das ius accrescendi, welches Recht auch bey der querela inofficiosi Statt findet. Wenn nämlich mehrere Notherben vorhanden sind, welche das nächste Recht zur Intestaterbfolge, und zur Querel haben, weil sie alle ausgeschlossen sind, und einer oder der andere entweder nicht klagen will, weil er sich seines Klagerechts begeben hat, oder zwar geklagt hatte, den Proceß aber nachher nicht fortsetzt, sondern demselben renuncirt, oder sein Klagerecht durch Verjährung verlohren hat, so wächst desselben Antheil dem Klagenden dergestalt mit zu, daß dieser nun seine Klage entweder auf die ganze Erbschaft, oder wenigstens auf dasjenige richten kann, was er ab intestato würde bekommen haben, wenn der andere nicht klagende gar nicht existirte [6]). Von diesem Anwachsungsrechte bey der Querel handeln folgende Stellen unsers römischen Gesetzbuches.

a) *L.*

5) *Franc.* CONNANUS in Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. IX. cap. 8. fol. 698. b. *Arn.* VINNIUS select. iuris civ. Quaest. Lib. I. cap. 21. pag. 51. HOFACKER c. l. not. a. und SCHRADER cit. Commentat. §. 67.

6) Man vergleiche *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 777. *Ger.* NOODT Com-

a) *L.* 17. *pr. D. h. t.* Hier ſagt Paulus: Qui *repudiantis animo*, non venit ad accuſationem inofficioſi teſtamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde ſi de inofficioſo teſtamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia, reſciſſo teſtamento alter quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato vocatur, et ideo univerſam hereditatem non recte vindicaſſet; hic ſi obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quaſi Centumviri hunc ſolum filium in rebus humanis eſſe nunc, cum facerent inteſtatum, crediderint. Man nehme hier mit Paulus den Fall an, ein Vater habe ſeine beyden Söhne enterbt, und einen Fremden in ſeinem Teſtament zum Erben eingeſetzt. Hier ſteht beyden Söhnen die Querel zu, und jeder kann auf die Hälfte der Erbſchaft klagen. Allein begiebt ſich der eine Sohn ſeines Klagerechts, ſo kann nun der andere mit der Querel auf die ganze Erbſchaft klagen, weil ihm der Erbtheil ſeines Bruders accreſcirt. Paulus macht ſich zwar den Einwurf [7]), daß durch die Reſciſſion des Teſta-

Commentar. in Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 165. *Joſ. Fernandez de* RETES Adverſar. ad h. Tit. Cap. XX. §. 8. (in *Ger.* MEERMANNI *Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 535.) *Luc. van de* POLL de exhered et praeterit. cap. LXXVIII. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 21. §. *Pendet autem.* pag. 51. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. circa fin. a verbis: *De querela* etc. Tom. I. pag. 461. edit. *Emminghaus* und Weſtphal von Teſtamenten §. 1025. S. 760.

7) Denn die Worte: *quia, reſciſſo teſtamento, alter quoque ad ſucceſſionem ab int. vocatur, — non recte vindicaſſet*, enthalten blos einen Zweifelsgrund, und das Wort *quia* iſt hier für *quam-*

ments die Intestaterbfolge eintritt, zu welcher der nicht klagende Sohn ein gleiches Recht hat. Es könnte also scheinen, als ob der Kläger keinen gegründeten Anspruch an der ganzen Erbschaft machen könne. Allein der Jurist antwortet darauf, der nicht klagende Sohn habe einmal auf die Querel Verzicht gethan, wollte er also gegen seinen Bruder auf einen Intestaterbtheil klagen, so wird ihm dieser mit Recht die Einrede entgegensetzen, daß er ein rechtskräftiges Erkenntniß für sich habe, wodurch ihm die ganze Erbschaft zugesprochen worden, nicht anders, als ob er nun der einzige Intestaterbe sey[8]). Es wird indessen freylich vorausgesetzt, daß es zu der Zeit, als das klagende Kind die Querel auf die ganze Erbschaft anstellte, schon gewiß gewesen, daß sich das andere seines Klagerechts begeben habe, wie auch die Worte repudiantis animo klar zu erkennen geben. Wenn also, ehe der exheredatus non querens sich erklärt hatte, dessen Bruder auf die ganze Erbschaft geklagt hätte, und er hätte zufällig doch den Proceß gewonnen, weil der Testamentserbe ihm deßhalb keinen Einwand machte, so wird dem andern die exceptio rei iudicatae nicht

quamvis gesetzt, wie POTHIER in Pandectis Justinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXIV. not. g. pag. 194. bemerkt.

8) Es war also Grundsatz, den die Centumviralrichter bey der Querel befolgten: Wer nicht klagt, ohnerachtet er hätte klagen können, ist eben so anzusehen, als ob er gar nicht existire. S. *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate. Lib. II. cap. 14. §. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1226.) und *Car. Frid.* ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 6. not. i. pag. 154.

nicht entgegen stehen, wenn dieser seinen Antheil von der Erbschaft fordert, und diesem wird also der Sieg des Querulanten in diesem Falle nach dem Geist des Gesetzes allerdings zu statten kommen [9]).

b) *L.* 23. §. 2. *D. h. t.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerint, et unus postea constituit non agere, *pars eius alteri accrescit.* Idemque erit, etsi tempore exclusus sit. Hier ist von den andern beyden Fällen die Rede, wo der andere ebenfalls enterbte Notherbe geklagt hatte, allein den Prozeß liegen ließ, oder wo der andere die zur Anstellung der Klage gesetzlich bestimmte Frist versäumt hat. Uebrigens beweißt diese Stelle, daß es ganz unrichtig sey, wenn einige Rechtsgelehrte [10]) behaupten wollen, daß in den vorgetragenen Fällen nicht sowohl die portio des non querentis, als vielmehr die demselben zustehende Querel accrescire. Daß diese Lehre den Gesetzen und aller Rechtsanalogie widerstreite, hat schon Puffendorf [11]) ganz überzeugend dargethan.

c) *L.* 16. *pr. D. eodem.* wo Papinian sagt: Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum *de parte* (nämlich *dimidia*) ante egit, et ob-

 tinuit,

9) Mit mir stimmen hierin überein PAPILLONIUS de iure accrescendi c. l. pag. 777. VINNIUS c. l. und REUTER in Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis §. 44. in Not. pag. 45. seq.

10) Z. B. *Luc. van de* POLL de Exheredat. et praeterit. cap. LXXVIII. §. 8. et 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1700. und SCHRADER in Commentat. saep. cit. §. 83.

11) Observation. iur. univ. Tom. II. *Obs.* 9. §. 9.

tinuit, filia, quae *non egit*, aut *non obtinuit*, in hereditate legitima *fratri non concurrit*. Hier ist der Fall, daß von drey Kindern zwey ausgeschlossen, und nur das eine zum Erben eingesetzt worden. Hat sich das eine ausgeschlossene Kind seines Klagerechts begeben, oder hat es mit der Querel nichts ausgerichtet, so kann das andere enterbte Kind vi iuris accrescendi auf die Hälfte der ganzen Erbschaft klagen, weil das nicht klagende, oder mit der Klage zurückgewiesene Kind nun eben so angesehen wird, als ob es gar nicht da wäre, und folglich an der Intestaterbschaft keinen Antheil verlangen kann. Es tritt hier noch der besondere Grund ein, daß das Testament in Rücksicht des eingesetzten Kindes gültig bleibt, weil der übergangene Bruder nur die hereditatis petitio de inofficioso partiaria angestellet hatte. Hier kommt der Gewinn des Prozesses den übrigen Intestaterben nicht zu statten. Auf acht Theile der Erbschaft konnte aber in dem vom Papinian entschiedenen Falle der übergangene Bruder darum nicht klagen, weil er sonst durch die Querel mehr bekommen würde, als ab intestato [12]).

3) Sind neben dem ausgeschlossenen Notherben noch andere vorhanden, die zwar gleiches Intestaterbrecht aber kein Recht zur Querel haben, z. B. es concurriren Ascendenten mit leiblichen Geschwistern, welche alle im Testament ausgeschlossen sind, oder der Testator hat eine schändliche Person in seinem Testament eingesetzt, und hinterläßt einen

12) Man vergleiche REUTER Diss. cit. §. 40. in Nota pag. 41. *Jo. van* MUYDEN in Compend. Pandect. h. t. §. 3. POTHIER in Pand. Justinian. h. t. nr. XL. not. f. Tom. 1. pag. 196. und SCHRADER Commentat. cit. §. 84.

einen leiblichen Bruder, und eines verstorbenen leiblichen Bruders Sohn zu seinen Intestaterben; so kann hier nach der Rechtsanalogie auch nur die *hereditatis petitio de inofficioso partiaria* eintreten. Denn Niemand kann durch die Querel mehr, als seine Intestaterbportion, einklagen und erhalten [13]). Ein ius accrescendi findet hier nicht Statt, es wird daher der übrige Theil der Erbschaft dem eingesetzten Erben verbleiben [14]).

II. Ein zweyter Hauptfall, da das Testament nur pro parte durch die Querel rescindirt wird, ist der, wenn mehrere Testamentserben vorhanden sind, und nur in Ansehung des einen das Testament für pflichtwidrig zu halten ist, in Ansehung des andern aber nicht. Wenn also z. B. der Testator blos leibliche Geschwister zu seinen Intestaterben hinterläßt, und mit Uebergehung derselben zwey Erben ernannt hätte, von denen nur einer eine ehrlose der andere aber eine honette Person ist; so können die präterirten Geschwister nur gegen den schimpflichen Erben klagen, und durch die Querel dasjenige erhalten, was der Erblasser der verächtlichen Person hat zuwenden wollen, so weit es ihnen ab intestato gehört hätte; dahingegen in Ansehung des anständigen Erben das Testament seine Gültigkeit behält [15]). Von diesem Falle versteht man gewöhnlich die

13) SCHRADER cit. Commentat. §. 63. 76. und §. 77.

14) HUBER Praelection. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 10. et 11, *Bern.* SCHOTANUS Exam. iurid. h. t. pag. 269. sq. und STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 23. in fin.

15) MÜLLER ad *Struvium* Exerc. X. §. 23. not. α. REUTER cit. Diss. §. 41. Westphal von Testamenten. §. 1040. Book Lehre von der Enterbung §. 16. S. 52.

L. 24. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Circa inofficioſi querelam evenire plerumque adſolet, ut in una atque eadem cauſa diverſae ſententiae proferantur. Quid enim ſi, fratre agente, heredes ſcripti diverſi iuris fuerunt? *Quod ſi fuerit; pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe videbitur* [16]). Allein da ſich nicht beweiſen läßt, daß das Recht, welches Kr. Conſtantin in der *L.* 27. *C. h. t.* bey der Querel der Geſchwiſter verordnet hat, ſchon vor ihm bekannt geweſen, ſo verſtehen andere dieſes Geſetz, wenn man nicht gar mit Anton Faber [17]) die Worte: *Quid enim — diverſi iuris fuerunt*, dem Tribonian oder einem andern Interpreten zuſchreiben will, wogegen indeſſen die *Baſilica* [18]) ſtreiten, vielmehr von einem ſolchen Falle, da Jemand ſeinen emancipirten Bruder präterirt, die übrigen Brüder aber, die noch in der väterlichen Gewalt waren, zu Erben eingeſetzt hat [19]; oder da der eine eingeſetzte Erbe ein municeps, der andere aber ein extra-

16) S. CYRILLUS in Scholiis Baſilikῶν Tom. V. pag. 255. POTHIER in Pandect. Juſtinian. h. t. nr. XXXIX. not. k. Tom. I. pag. 195. *Jo. van de* WATER Obſervat. iur. rom. Lib. I. cap. 12.

17) Rational. ad L. 24. D. h. t. not. a.

18) Lib. XXXIX. Tit. 1. L. 24. Tom. V. pag. 203. wo die L. 24. nach Fabrots Ueberſetzung ſo lautet: *Plerumque circa querelam inofficioſi teſtamenti diverſae ſententiae proferuntur, ut cum frater agit contra heredes ſcriptos diverſi iuris. Et ita evenit, ut defunctus heredem habeat ex teſtamento et ab inteſtato.*

19) Wie *Jo. Wilh.* MARCKART in Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. I. cap. 14. pag. 92.

extraneus ist [20]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so giebt wenigstens die *L.* 27. *C. h. t.* heutiges Tages das treffendste Beyspiel zur Erläuterung der angeführten L. 24. Einen andern hierher gehörigen Fall hat Papinian *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Filius, qui de inofficiosi actione *adversus duos heredes* expertus, diversas sententias iudicum tulit; et *unum vicit*, *ab altero superatus est*: et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere. Verum enim est familiae erciscundae iudicium competere: quia credimus, eum legitimum heredem *pro parte* esse factum: et ideo *pars hereditatis in testamento remansit*. Nec absurdum videtur *pro parte intestatum videri*. Diese Stelle ist jedoch schon oben [21]) erläutert worden.

Es ergiebt sich hieraus der sehr wichtige Unterschied, welcher Statt findet, wenn von Eltern und Kindern, und wenn von Geschwistern die Querel angestellet wird. Erstere klagen auf den Theil der Erbschaft, der ihnen ab intestato gebühret hätte, letztere können mehr nicht fordern, als was dem heredi turpi war hinterlassen worden [22]). Nur entsteht noch der Zweifel, wenn mit einem vollbürtigen Bruder, eines verstorbenen vollbürtigen Bruders Sohn concurrirt, muß erster den Theil der Erbschaft, den ihm der heres turpis abtreten muß, mit dem letztern theilen? Man setze, daß dem Ehrlosen die Hälfte der Erbschaft wäre hin-

20) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. LXI. §. 2. seqq.

21) S. §. 551. S. 309.

22) Man vergleiche *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 16. verb. *Notandum autem* etc.

terlassen worden. Da hier dem vollbürtigen Bruder die Hälfte der Erbschaft ab intestato gebührt, so fragt es sich, ob der Bruder des Verstorbenen diese Hälfte, die er durch die Querel erhalten, allein behalten könne, oder mit dem Bruders Sohn theilen müsse? Soviel ist richtig, daß, wenn der verstorbene Bruder noch lebte, beyde, sofern nicht einer oder der andere sich seines Klagerechts begiebt, mit einander den semissem theilen müßten. Allein sollte nicht dem Brudersohn das Repräsentationsrecht zustehen? Nein, bey der Querel findet ein solches Recht nicht Statt. Der Bruder wird also die ganze Hälfte um so mehr allein behalten, da der Brudersohn nicht einmahl ein Recht zur Querel hat [23]).

Endlich

III. läßt sich noch der Fall gedenken, daß Jemand, der eigentlich kein Querel-Recht hatte, weil ihm nähere Intestaterben vorgiengen, dennoch de facto durch einen Irrthum des Richters zur Querel gelassen worden ist. Hat dieser gegen einen der instituirten Erben eine Rescission des Testaments pro parte erwirkt, so bleibt das Testament zwar in Ansehung des andern Miterben, gegen den er nicht geklagt hat, gültig, und daher kommen die ihm vorgehenden Intestaterben nicht zur Succession; der Querelant aber hat, wenn er einmal ein rechtskräftiges Erkenntniß für sich hat, nicht vergeblich geklagt. Dies ist der Fall, den Ulpian hat *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus, *pro parte* rescindere testamentum tentet; et unum sibi heredem eligat,

23) S. SCHRADER cit. Comment. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. testam. §. 80.

eligat, contra quem inofficioſi querelam inſtituat: dicendum eſt, *quia teſtamentum pro parte valet*, et praecedentes eum perſonae excluſae ſunt, *cum effectu eum querelam inſtituiſſe* [24]).

In allen dieſen Fällen, da das Teſtament durch die Querel nur pro parte reſcindirt wird, geſchieht es nun zwar, ut defunctus pro parte teſtatus et pro parte inteſtatus deceſſiſſe videatur, wie auch ſolches in der angeführten *L.* 24. *D. h. t.* ſelbſt bemerkt wird. Allein dieſes iſt dennoch jener bekannten Regel [25]), nach welcher ſolches eigentlich nicht geſchehen ſoll, keinesweges zuwider, als welche nur nicht will, daß ein paganus bloß über einen Theil ſeines Vermögens ein Teſtament errichte [26]). Richtiger iſt daher die Regel nach Tryphonin [27]) außer welchem, wie Cujaz [28]) mit Recht bemerkt hat, kein anderer Römiſcher Juriſt ſich ſo beſtimmt erklärt hat, ſo zu faſſen: *ut nullus paganus* (denn ein Soldat iſt bekanntlich nicht daran gebunden [29]) AB INITIO *quidem pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poſſit; ſed tamen* EX POST FACTO, ſcilicet *auctoritate ſententiae iudicis* [30]). Und

in

24) POTHIER Pandect. Juſtin. h. t. nr. XL. not. a — c Tom. I. pag. 196. REUTER cit. Diſſ. §. 40.

25) *L. 7. D. de reg. iur.*

26) Weſtphal von Teſtamenten §. 1041. S. 774.

27) *L. 19. §. 2. D. de caſtrenſi peculio.* Conf. *Chriſt.* RAU Diſſ. de Claudio Tryphonino ICto Rom. Lipſiae 1768. §. VII.

28) Ad L. 7. D. de Reg. iur.

29) §. 5. I. *de heredit. inſtit.*

30) Man ſehe hier *Joſ. Fern. de* RETES Opuſcul. Lib. V. de caſtrenſi peculio cap. 4. nr. 4. et 5. (in MEERMANNI *Theſaur.*

iur.

in dieser Hinsicht konnte daher auch Papinian [31]) mit Recht sagen: Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

§. 558.

Wirkung der Inofficiositätsklage.

In Absicht auf die Wirkung der Inofficiositätsklage kommt es darauf an, ob durch dieselbe das Testament nur zum Theil, oder ganz rescindirt wird.

I) Wird das Testament durch die Querel nur *pro parte* rescindirt, so tritt eine gemischte Erbfolge ein [32]); nämlich

1) die Intestaterbfolge; diese hat jedoch nur in Ansehung des Querenten Statt, so daß dieser nun entweder den Theil der Erbschaft erhält, den er würde ab intestato bekommen haben, oder den Theil desjenigen Testamentserben an sich bringt, durch dessen Einsetzung das Testament pflichtwidrig wurde. Hier stimmen Gesetze [33]) und Rechtsgelehrten [34]) darin mit einander überein, daß der Sieg des Klägers

iur. civ. et canon. tom. VI. pag. 253.) und vorzüglich *Hugo* DONELLUS in Commentariis iur civ. Lib. XIX. cap. 10.

31) *L. 15. §. 2. D. h. t.*

32) DONELLUS c. l. pag. 1102. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXVII. err. 2. SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. III. Quaest. 3. p. 232. Anderer Meinung ist Book in der Lehre von der Enterbung §. 16. S. 45. ff.

33) *L. 16. L. 19. L. 25. §. ult. D. h. t. L. 13. Cod. eodem.*

34) *Ger.* NOODT Commentar. ad h. Tit. Dig. Tom. II. *Oper.* pag. 164. HILLIGER ad *Donellum* Lib. XIX. cap. 10. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. LXXXI. REUTER Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis.

§. 40.

gers sonst Niemanden außer ihm zu statten komme, wenn auch gleich außer dem Kläger noch andere vorhanden wären, die ein gleiches Intestaterbrecht haben sollten.

2) Die testamentarische Erbfolge tritt in Rücksicht desjenigen Theils der Erbschaft ein, den der im Testament eingesetzte Erbe behält. Da hier das Testament in so weit gültig bleibt, als es nicht rescindirt worden ist, so bezahlt jeder, der Kläger und der Testamentserbe, die Schulden zu seinem Antheile [35]). In Absicht auf die Vermächtnisse aber kommt es darauf an, ob die Klage von einem übergangenen Bruder gegen eine neben einer ehrlichen mit zum Erben eingesetzte schändliche Person, oder ob sie von einem ausgeschlossenen Kinde oder von einem ausgeschlossenen Ascendenten des Erblassers angestellet worden. Ist das erstere der Fall, so fallen die Vermächtnisse insoweit weg, als das Testament ist rescindirt worden [36]). Dieses Recht ist in Ansehung der Geschwister nirgends abgeändert. Es muß also in Ansehung derselben auch noch heut zu Tage gelten [37]). In dem letztern Falle aber müssen

§. 40. SCHRADER Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 99. GAMBSJAEGER Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso. P. IV. §. 8. pag. 69.

35) *L. 15. §. 2. D. h. t.*

36) *L. 76. pr. D. de legat. 2. L. 11. §. 2. D. ad Leg. Falcid. L. 13. Cod. de inoff. testam.* S. *de* RETES in Adversar. de inofficioso testam. cap. XXI. §. 4. (in Thes. Meermann. T. VI. pag. 537.) und Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 704. u. §. 1358.

37) MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. 2. Obs. 232. Book Lehre von der Enterbung §. 16. S. 44.

sen die Vermächtnisse auch von dem obsiegenden Kläger nach dem Verhältniß seines Antheils ausgezahlt werden, jedoch so, daß ihm der Pflichttheil übrig bleibt. Denn nach der Nov. 115. bleiben die Vermächtnisse gültig, auch wenn das Testament durch die Querel ganz aufgehoben wird.

II. Wird hingegen das Testament durch die Querel ganz umgestossen, so wird

1) auf Seiten des eingesetzten Erben die Sache so angesehen, als ob die Erbschaft gar nicht wäre angetreten worden[38]). Hier ist also der Fall, wo die Regel: *qui semel heres exstitit, non potest desinere heres esse*[39]), eine Ausnahme leidet[40]). Die Folge davon auf Seiten des Erben ist, daß die durch die Antretung der Erbschaft entstandene confusio nominum wieder aufhört, und der eingesetzte Erbe

38) *L. 21. §. 2. D. h. t.* Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, *ac si hereditas adita non fuisset*: et ideo et *petitionem integram* debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere, et *compensationem debiti.*

39) *L. 88. D. de heredit. instit.*

40) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. III. Tract. XIX. Qu. 2. sagt: *Utique adscribendum est iuris impotentiae, quod victus heres per querelam inofficiosi desinat heres esse. Et vero legem facere non posse, ut hereditas habeatur pro non adita, quae revera fuit adita, inde constat, quod ex interpretatione prudentum, ex qua inducta est querela inofficiosi, factum sit, ut evicta hereditate per inofficiosi querelam, perinde omnia observari oporteat, ac si hereditas adita non fuisset. Quorsum enim opus fuit eiusmodi interpretatione, si lex facere potuisset, ut hereditas haberetur pro non adita, quae revera fuerit adita?*

Erbe nun von dem Kläger fordern kann, was ihm der Verstorbene schuldig war[41]). Fordert der Kläger von dem Erben etwas, was dieser dem Verstorbenen schuldig war, so kann der Erbe abrechnen, was er selbst an den Verstorbenen, oder den Gegner zu fordern hatte[42]).

2) Auf Seiten des obsiegenden Klägers tritt die reine Intestaterbfolge ein. Dieses hat nun zwar in dem Falle gar keinen Zweifel, wenn dem Sieger nicht nur die Querel wirklich zustand, sondern dieser auch der einzige Intestaterbe ist. Allein diese Wirkung findet auch dann Statt, wenn der Kläger, welcher den Prozeß gewonnen hat, nicht einmal der nächste, oder wenigstens nicht der einzige Intestaterbe ist, und folglich entweder gar kein Recht zur Querel hatte, oder wenigstens nicht auf die ganze Erbschaft klagen konnte, sondern die Querel nur als eine partielle zuständig war[43]). Nur hilft in jenem Falle dem Kläger der Gewinn des Prozesses nichts, sondern derjenige, welcher der nächste Intestaterbe ist, wird mit Recht die Erbschaft abfordern, weil das ganze Testament einmal aufgehoben

41) *L.* 22. *C. h. t.* Si maritus tuus facto testamento te quidem ex asse scripsit heredem: filia autem, quam habuit in potestate, exheredata iure facta minime perhibetur; nihilque ei relictum est, neque iustas offensae causas praestitisse expresse convincitur: eam de inofficioso patris testamento querentem, totam hereditatem obtinere posse, non ambigitur. *Quod si iam obtinuit, vel post evincat: quodcunque maritus mortis suae tempore debuisse tibi perhibetur, id ab ea reddi oportet.*

42) S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 580. und §. 1049.

43) Man sehe hier vorzüglich *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 1103.

hoben worden, und nun die Inteſtaterbfolge eintritt. Dies iſt der klaren *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* gemäß, wo Ulpian ſagt: Si quis ex his perſonis, quae ad ſucceſſionem ab inteſtato *non* admittuntur, *de inofficioſo* egerit, et caſu *obtinuerit*, non ei *proſit* victoria, ſed *his qui habent ab inteſtato ſucceſſionem.* Nam *inteſtatum patremfamilias facit* [44]). Man ſetze alſo, ein frater conſanguineus habe gegen einen ſchändlichen Teſtamentserben die univerſelle Inofficioſitäts-Querel mit dem beſten Erfolg angeſtellt. Es iſt aber eines verſtorbenen vollbürtigen Bruders Sohn vorhanden, der jenem in der Inteſtaterbfolge vorgeht. Hier hilft dem Kläger der Gewinn des Proceſſes nichts, ſondern er muß die Erbſchaft dem Bruders Sohn abtreten [45]). Daß jedoch in einem ſolchen Falle der nähere Inteſtaterbe den Sieger wegen der Prozeßkoſten entſchädigen müſſe, leidet keinen Zweifel [46]).

In dem oben angegebenen andern Falle hingegen, da eine univerſelle Querel iſt zugelaſſen worden, wo dem Sieger nur eine partielle zuſtand, tritt die Inteſtaterbfolge dergeſtalt ein, daß nun zugleich mit dem Kläger auch alle diejenigen zur Erbſchaft kommen, die zwar an dem Prozeß keinen Antheil genommen, denen aber mit dem Kläger ein gleiches Inteſtaterbrecht zuſteht, geſetzt auch daß ſie für ihre Perſon keine Querel hätten anſtellen können. Für dieſe Mei-

44) Man ſehe über dieſe Stelle nach §. 543. S. 3.

45) SCHRADER cit Commentat. §. 102. Stein von pflichtwidrigen Teſtamenten §. 39. S. 171.

46) WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 270. n. 8. THIBAUT Syſtem des Pandectenrechts 2. Th. §. 818. S. 221.

Meinung spricht Theorie und Praxis[47]). Justinian sagt in der Novelle 115. Kap. 4. ausdrücklich: Sed, rescisso testamento, eis, *qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur*, res eius dari disponimus; oder wie es Zombergk richtiger übersetzt hat: Sed, everso testamento, *heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus*, iisque res illius dari sancimus.[48]). Hierher gehören folgende Fälle.

I. Wenn von mehreren unbillig ausgeschlossenen Notherben der eine, der nur auf seinen Intestaterbtheil hätte klagen können, die universelle Inofficiositätsklage angestellt, und die Rescission des ganzen Testaments bewirkt hat, obgleich der andere die Querel nicht repudiirt hatte. Z. B. der Vater hat seine beyden Söhne unbilliger Weise enterbt, die seine alleinigen Intestaterben gewesen wären. Einer hat in der Abwesenheit des andern, den er für tod hielt, die universelle Querel gegen den Testamentserben angestellt, und den Proceß gewonnen. Was hier der Sieger erhalten hat, muß er mit seinem Bruder theilen[49]).

II. Wenn

47) Man sehe hier vorzüglich Herrn Kanzl. KOCH Diss. Quatenus testator per querelam inofficiosi reddatur intestatus? hinter seinem Tr. *de Succeff. ab int.* Nr. I.

48) Im griechischen Text lauten die Worte so: ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, τὰς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν, καὶ πρὸς αὐτὰς τὰ ἐκείνου πράγματα δίδοσθαι διατυποῦμεν.

49) S. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 1103. POTHIER Pandect. Justinian. h. Tit. Nr. XL. not f. Tom. I. pag. 196.

II. Wenn Eltern und leibliche Geschwister concurriren, welche der Erblasser in seinem Testament alle übergangen hat, und erstere auf Rescission des ganzen Testaments geklagt haben, so kommt der Gewinn des Processes auch den Geschwistern zu statten, weil sie nach der Nov. 118. Kap. 2. mit den Eltern ein gleiches Intestaterbrecht haben, wenn ihnen gleich in dem gegenwärtigen Falle keine Querel zustand.

III. Wenn Halbgeschwister von verschiedener Art vorhanden sind, davon der eine ein frater consanguineus, der andere aber ein frater uterinus ist, und der Erblasser eine unanständige Person im Testament zum Erben eingesetzt hat, so ist der Sieg des Bruders, welcher auf die Rescission des ganzen Testaments geklagt hat, auch dem andern Bruder vortheilhaft, so daß dieser nun mit ab intestato erbt, ob er schon kein Querelrecht hatte. Endlich

IV. wenn vollbürtige Geschwister mit vollbürtiger Geschwister Kindern concurriren, so erben letztere mit den erstern ab intestato, wenn diese die universelle Inofficiositätsquerel mit glücklichem Erfolge angestellet haben. Denn in allen diesen Fällen war nur die Querel des Siegenden als eine partielle zuständig, weil nach klaren Gesetzen, die oben angeführt und erklärt worden sind, Niemand durch die Querel mehr, als seine Intestaterbportion erhalten kann.

Allein dagegen könnte man einwenden, daß nach der Nov. 115. sich eine querela inofficiosi partiaria nicht füglich mehr annehmen lasse, folglich die Wirkung der Querel wenigstens bey Kindern und Eltern immer die nämliche sey, nämlich daß die Erbverordnung allemal zu Grunde

de gehe, und die reine Inteſtaterbfolge eintrete. Dies behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten [50]). Und für dieſe Meinung ſcheinen beſonders die Worte am Ende des 3. Kap. der 115. Nov. ſed, quantum *ad inſtitutionem heredum* pertinet, *teſtamento infirmato*, ad hereditatem parentum liberi *ab inteſtato* aequis partibus veniant; und die Worte am Ende des 4. Kap. zu ſprechen, welche ſo lauten, everſo teſtamento, *heredes ab inteſtato ad defuncti hereditatem vocamus*, iisque res illius dari ſancimus. Allein da nicht zu glauben iſt, daß Juſtinian die vielen oben erklärten Stellen in den Pandecten und Codex [51]), welche von der Inofficioſitätsklage als einer hereditatis petitio partiaria handeln, durch die Novelle 115. habe aufheben wollen, ohne nur ein Wort davon zu ſagen, ſo muß man nach einer vernünftigen Auslegung einen ſolchen Fall annehmen, wo die univerſelle Inofficioſitätsklage entweder von ſämmtlichen enterbten Kindern, oder Eltern, oder von einem der Enterbten angeſtellet worden, ohne daß die übrigen ſich ihres Klagerechts begeben hatten [52]).

So deutlich übrigens die Worte der Novelle ſprechen, ſo ſehr muß man ſich billig wundern, wenn mehrere

50) S. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diſſ. de victoria querelae tertio proficua. *Lipſ. 1719.* §. 12. et 13. KOCH cit. Diſſ. pag. 197. *Chr. Frid. Bern.* FUNK Comment. in controv. iur. civ. de nexu inter ſucceſſionem ab int. et querelam inoff. teſtam. *Goett. 1802.* §. 31. und Boock Lehre von der Enterbung §. 26. S. 91. folg.

51) *L. 8. §. 8. L. 16. L. 19. L. 25. §. 1. L. 27. §. 3. D. h. t. L. 13. Cod. eodem.*

52) SCHRADER cit. Commentat. §. 73.

Rechtsgelehrte dennoch der Meinung sind, daß in jedem Falle der Sieg der Querel nur dem siegenden Kläger zu statten komme[53], oder doch wenigstens nur denen vortheilhaft sey, welche mit dem Sieger nicht nur ein gleiches Intestaterbrecht, sondern auch ein gleiches Recht zur Querel haben[54]). Man beruft sich insgemein auf die Regel: *quod res inter alios iudicata aliis neque praeiudicet, neque prosit*[55]). Allein, ohne hier anzuführen, daß diese Regel mancherley Ausnahmen leidet[56]); so hat man nicht bedacht, daß es in dem gegenwärtigen Falle vermöge einer nothwendigen Folge geschieht, wenn auch andere, welche an dem Prozesse über die Inofficiosität des Testaments keinen Antheil genommen, aber doch mit dem Kläger ein gleiches Intestaterbrecht haben, nun mit ihm zur Intestaterbfolge gelangen, wenn das ganze Testament als pflichtwidrig aufgehoben wird, weil hierdurch die Sache in einen solchen Zustand kommt, als ob der Erblasser ohne Testa-

53) Wie z. E. *Ulr.* HUBER in Praelect. iur. Rom. Tom. II. h. t. §. 9. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. XVI. §. 1. et 2. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 27.

54) NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* p. 164. *Guil.* RANCHINUS in Tract. de succeſſ. ab inteſt. Cap. XVII. §. 3. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. X. Th. 24. und Weſtphal in der Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1026.

55) *L. 63. D. de re iudic.*

56) Man ſ. das Archiv für die theoret. und practiſche Rechtsgelehrſamkeit, herausgegeben von Hagemann und Günther. 4. Th. Nr. 1. S. 5. ff.

Testament verstorben wäre, wie Lucas van de Poll [57]) sehr richtig bemerkt hat. Es kann daher auch nun nicht mehr die Frage davon seyn, wem die Querel zusteht, sondern wer bey der Intestaterbfolge concurrirt, so fern er sich seines Successionsrechts nicht begeben hat. Man wende nicht ein, daß doch nach der 115. Novelle die Vermächtnisse gültig bleiben. Denn diese gehören nicht zur Substanz des Testaments, sondern diese besteht lediglich in der Erbeinsetzung, welche durch die Querel aufgehoben wird. Sie können daher auch die Intestaterbfolge um so weniger hindern, da sie auch in codicillis ab intestato hinterlassen werden können. Die Schwäche der Gründe leuchtet in die Augen, daher unsere Meinung auch den Beyfall der meisten theoretischen und practischen Rechtsgelehrten [58]) für sich hat.

3) In Absicht auf die Vermächtnisse, und übrigen Verfügungen, welche außer der Erbeinsetzung in dem pflichtwidrigen Testament enthalten sind, ist

a) so viel außer Zweifel, daß wenn die Klage von Kindern oder Eltern angestellet wird, dieselben nach

57) de exheredat. et praeterit. cap. LXXXI. §. 9.

58) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 20. *Io. Balth.* L. B. a WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. I. Obs. 270. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 15. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. W. et X. REUTER Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis. §. 49. *Io. Frid.* BOECKELMANN Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 7. pag. 376. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1701. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. XVII. not. y. pag. 406. MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Tom. III. §. 698. GAMBSJAEGER Diss. de testam. inofficioso P. IV. §. 8. u. a. m.

der Verordnung der Nov. 115. gültig bleiben, wie die schon bey anderer Gelegenheit (S. 323.) angeführten Worte klar beweisen. Nur wegen der Pupillar-Substitution ist die Sache streitig, wie auch schon oben (S 322) bemerkt worden ist. Richter[59], Reinold[60], Madihn[61] und Hommel[62] behaupten, sie gehe durch die Querel mit der Erbeinsetzung zu Grunde, weil keine Substitution, als eine Art der Erbeinsetzung, gelten könne, wo die heredis institutio prima wegfällt; und namentlich werde von der Pupillar-Substitution gesagt, sie sey pars et sequela testamenti paterni, welche für sich, ohne das väterliche Testament, nicht bestehe[63]. Allein ohne hier zu wiederholen, was ich schon anderwärts (S 322. Not. 10.) zur Widerlegung dieser Meinung gesagt habe, so will ich nur noch mit Wenigen bemerken, daß zwischen der Pupillar-Substitution und dem väterlichen Testament kein so nothwendiger Zusammenhang ist, daß erstere schlechterdings mit dem letztern fallen müsse. Denn man erinnere sich doch, daß die Pupillar-Substitution schon nach den Gesetzen der Pandecten gültig blieb, wenn das väterliche Testament durch die Bonorum possessio contra

59) In expoſit. omnium Avthenticar. Codici Iuſt. inſertar. pag. 238. num. 28.

60) In Opuſcul. a *Iuglero* edit. pag. 354.

61) In Opuſc. viciſſitudines ſubſtitutionis exemplaris eiusq. veram indolem continente. *Halae 1775. 4.* §. 43. und ad MENCKEN Introduct. in doctr. de actionibus for. not. 1180. pag. 369.

62) Diſſ. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. §. 11.

63) §. 5. I. de pup. ſubſt.

contra tabulas rescindirt ward. (S. 312.) Sie verlohr zwar ihre Gültigkeit, wenn das Testament mit der alten Querel aufgehoben ward; allein davon lag der Grund in dem Vorwand, dessen sich der Kläger bedienen mußte, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen sey. Dieser Prätext fiel, wie Vinnius[64]) ganz richtig bemerkt, bey der Bonorum possessio contra tabulas weg. Er findet aber auch nach der Novelle 115. nicht mehr bey der Querel der Kinder und Ascendenten Statt. (S. 419.) Wie kann man nun noch läugnen, daß nach der Nov. 115. die Pupillar-Substitution gültig bleibe, da Justinian ausdrücklich sagt, es soll das Testament in allen übrigen Puncten als nicht rescindirt gelten, welche, außer der pflichtwidrigen Erbeinsetzung, darin enthalten sind?[65])

b) Wird hingegen die Querel von Geschwistern angestellt, so ist die Frage, ob auch hier die Vermächtnisse und Fideicommisse gültig bleiben, oder nicht vielmehr mit der Erbeinsetzung zu Grunde gehen, unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele behaupten das Erstere, jedoch aus sehr verschiedenen Gründen. Einige[66]) berufen sich

64) Commentar. ad cit. §. 5. I. de pupill. substit. nr. 3. et 4.

65) Man sehe noch *Vigl.* ZUICHEMUS in Commentar. in decem Titulos Institution. iuris civ. ad §. 5. I. de pupill. substitut. pag. 152. *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. de vulgari et pupillari substitutione P. III. cap. 5. §. 49. und DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. VI. cap. 25. pag. 273. in fin.

66) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. X. pag. 1104. RICHTER in Exposition. omn. Avthenticar. ad Avth. *Ex causa* cit. pag. 111. GUDELINUS de iure noviſſimo lib. II. cap. 7. pag. 69.

schlechthin auf die Avth. *Ex causa* Cod. de liberis praeterit. vel exheredat. in welcher es ohne Unterschied heißt: *Ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones; caetera namque firma permanent.* Andere[67]) glauben, der Grund der Novelle 115. passe auch auf die Geschwister. Denn es sey doch nur eigentlich die Erbeinsetzung für pflichtwidrig zu halten, nicht die Vermächtnisse. Ja andere[68]) sagen sogar, man müsse die Novelle 115. auf die Geschwister ausdehnen, wenn deren auch darin keine Erwähnung geschehen wäre, weil es höchst ungereimt und inconsequent seyn würde, die Geschwister bey der Querel mehr zu begünstigen, als die Kinder und Eltern, da ihnen doch die Querel nur hypothetisch zustehe, und selbige auch sonst in den Erbschaftsgerechtsamen den letztern nachstehen müßten. Endlich wollen einige[69]) überhaupt noch daran zweifeln, ob nach dem ältern Rechte die Vermächtnisse ihre Gültigkeit verlohren haben, wenn das Testament von Geschwistern mit

67) PEREZ in Praelect. ad Cod. h. t. nr. 21. et 22. FRANTZKIUS in Comment. ad Dig. h. t. nr. 84. STRUV Syntagm. iur. civ. Ex. X. Th. 22.

68) VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 13. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. II. Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 607. und §. 1043. *Io. El.* VOELCKER in Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes, praes. *Car. Frid.* WALCHIO def. *Ienae 1772.* §. VI. pag. 9. *Car. Frid.* FAELICKE Diss. de erroribus quibusdam circa querelam inoff. test. *Helmstadii 1763.* Err. XII. und *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 18.

69) *Io. God.* BAUER in Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. §. 20.

mit der Inofficiosität's-Querel angefochten worden. Denn alle Texte des ältern Rechts[70]) redeten blos von Testamenten der Eltern und Kinder, kein einziger von Geschwistern. Ueberdem sey es der Rechtsanalogie vollkommen gemäß, daß mit der Hauptsache das Accessorium nicht dahin falle, wenn solches für sich bestehen könne; dies sey nun aber der Fall bey den Vermächtnissen, als welche auch ab intestato gültig wären[71]). Diese Meinung soll auch nach dem Zeugniß mehrerer Rechsgelehrten[72]) in der Praxis angenommen seyn.

Allein die entgegengesetzte Meinung, welche von den meisten Rechtsgelehrten[73]) vertheidiget wird, daß bey der

70) *L. 8. §. 16. L. 13. L. 28. D. h. t. L. 13. Cod. eodem.*

71) *L. 8. pr. et §. 1. L. 16. D. de iure codicill. §. 1. I. eodem. L. 88. in fin. D. de legat. II. L. 4. C. de Codicill. L. 3. in fin. C. ad SCtum Trebell.*

72) Man sehe BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 17. Not. 12. in fin. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. XXIV. nr. 12. pag. 73. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIV. Coroll. 2. und Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. B. §. 547. S. 14.

73) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXIII. §. 14. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 31. ZOESIUS in Comm. ad Pand. h. t. §. 41. GAIL Observat. Lib. II. Obs. 113. nr. 7. BOEHMER in iure Dig. h. t. §. 18. SCHAUMBURG in Comp. iuris Dig. h. t. §. 12. HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 53. WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 367. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1701. nr. III. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. II.

Querel der Geschwister das ältere Recht gelte, und folglich die Vermächtnisse mit der Erbeinsetzung zu Grunde gehen, hat weit wichtigere Gründe für sich. Denn

1) redet die Novelle 115. ausdrücklich nur von Kindern und Eltern. Von Geschwistern ist nirgends die Rede. Es ist daher eine sehr willkührliche Ausdehnung der Novelle auf die Geschwister, welche um so weniger Statt finden kann, weil man auf solche Art im Stande wäre, alle Differenzen zwischen der Querel der Seitenverwandten und der übrigen Notherben mit einem Male aufzuheben. Daß die Avth. *Ex causa* Cod. de liberis praeterit. keinen Unterschied macht, kann nichts beweisen[74]). Denn die aus den Novellen excerpirten Authentiken können, da sie eine bloße Privatarbeit des Irnerius, und auch nicht unter öffentlicher Auctorität in das Corpus iuris übergegangen sind, auf ein legales Ansehen gar keinen Anspruch machen[75]).

2) Paßt

not. l. pag. 447. seq. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. 2. Obs. 232. HOMMEL Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac lib. et quae fratrib. competit. §. 10. MALBLANC Princip. iuris sec. ord. Digest. T. III. §. 698. Gebr. Overbek Meditationen über versch. Rechtsmaterien. 2. B. Medit. 80. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 535. Not. 1. THIBAUT System des Pandectenrechts Tom. II. §. 819. S. 233. Book Lehre von der Enterbung §. 16. S. 44. und GAMBSJAEGER in Diss. de testam. inoff. P. IV. §. 4. Not. 21.

74) Mit Recht sagt daher GAILL in Observat. pract. Lib. II. pag. 1098. *Meminisse oportet, praedictam Authenticam* ex causa *non habere locum in transversalibus, utputa si frater fratrem praeteriret, instituta turpi persona.*

75) Webers Versuche über das Civilrecht S. 37. folg.

2) Paßt auch der Grund der Novelle 115. gar nicht auf die Geschwister. Denn daß bey der Querel der Kinder und Eltern nur die Erbeinsetzung rescindirt wird, hat seinen Grund darin, weil nach diesem Gesetz den Kindern und Eltern der ihnen gebührende Pflichttheil titulo heredis hinterlassen werden muß. Ist nun dieses nicht geschehen, so hat der Testirer nur in Ansehung der Erbeinsetzung pflichtwidrig gehandelt; dahingegen können weder die Vermächtnisse noch die Fideicommisse, welche der Erblasser in seinem Testament verordnet hat, als pflichtwidrig angesehen werden. Allein da den Geschwistern der Pflichttheil quocunque titulo hinterlassen werden kann; so hat der Testirer, wenn er denselben eine schändliche Person vorgezogen hat, ohne sie auch nur mit einem Vermächtniß zu bedenken; nicht nur in Ansehung der Erbeinsetzung, sondern auch in Ansehung der Vermächtnisse lieblos gehandelt, daher ist hier billig das ganze Testament als pflichtwidrig zu rescindiren.

3) Wenn das Testament als pflichtwidrig rescindirt wird, so gelten nach der Bemerkung des Claudius Tryphoninus über Scävola[76]) auch nicht einmahl die Vermächtnisse ab intestato, selbst wenn die Codicillar-Clausel hinzugefügt seyn sollte, weil man den Erblasser gleichsam als wahnsinnig ansahe; und Ulpian[77]) bemerkt noch, daß sogar die von den Testamentserben etwa schon ausbezahlten Legate wieder zurückgefordert werden können. Nun ist

76) *L. 13. D. h. t.* Man vergleiche Westphal von Testamenten §. 1044. und THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Th. §. 785.

77) *L. 8. §. 16. D. h. t.*

ist der alte Grund der Querel, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen seyn könne, bey der Inofficiositätsklage der Geschwister nicht aufgehoben, wie schon oben S. 419. gezeigt worden; und es ist ganz unerweislich, wenn Bauer[78]) behaupten will, es sey schon ehemals bey der Querel der Geschwister in Ansehung der Vermächtnisse anders gewesen, als bey Kindern und Eltern. Denn Paulus[79]) sagt ganz allgemein: Cum contra testamentum, ut *inofficiosum*, iudicatur, *testamentifactionem habuisse defunctus non creditur*; und an einem andern Orte[80]) heißt es: Cum *inofficiosum* testamentum arguitur, *nihil ex eo testamento valet*. Wenn man nun hiergegen

4) einwendet, es sey ungereimt, daß die Geschwister, welche blos aus Haß gegen eine verächtliche Person zur Querel gelassen würden, hierin ein besseres Loos, als die näheren Blutsfreunde, treffen sollte, und daß es unbillig sey, wenn die unschuldigen Legatarien durch die Einsetzung des schändlichen Erben leiden sollten; so hat man offenbar nicht bedacht, daß doch immer die Lage der Geschwister bey der Querel schlimmer, als die der Kinder und Eltern ist, indem eines Theils die erstern sich nur dann über liebloße Ausschließung beklagen können, wenn ihnen eine schändliche Person ist vorgezogen worden; andern Theils aber auch hier dem Kläger bey der Querel der Beweis obliegt, daß er sich brüderlich gegen den Verstorbenen betragen habe[81]). Ueber-

78) Siehe oben die Not. 68.

79) *L. 17. §. 1. D. h. t.*

80) *L. 28. in fin. D. eodem.*

81) Man sehe, was von diesem Beweis oben S. 401. ausführlicher gesagt worden ist, und vergleiche noch Weber zu Höpf-

Ueberhaupt aber kann nie die Billigkeit zum Vorwande dienen, um sich eine Abweichung von der Vorschrift eines klaren Gesetzes zu erlauben[82]); und nie kann unter dem Vorwande einer Gleichheit der Gründe eine unschickliche Ausdehnung der Gesetze zugelassen werden[83]).

Uebrigens ist noch

4) zu bemerken, daß der Erbe in Ansehung dessen, was er vor entstandenem Processe, als Erbe, nach der Verordnung des Testaments, geleistet, oder auf die Antretung der Erbschaft verwendet hat, entschädiget werden müsse[84]). Was er also an Schulden des Erblassers, ferner an Vermächtnissen, ausbezahlt, desgleichen was er zur Erfüllung einer ihm auferlegten Bedingung geleistet hat, muß ihm vergütet werden, und er kann entweder bey der Restitution der Erbschaft das Bezahlte in Abrechnung bringen[85]), oder solches von den Empfängern mit der condictione indebiti zurückfordern[86]), oder von dem Kläger mit der actione negotiorum gestorum utili Entschädigung verlangen.

Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 533. Not. 2. S. 604.

82) S. *Alb.* BOLOGNETI de lege, iure et aequitate Disputationes (*Witebergae 1594.* 8.) Cap. 34. nr. 9. pag. 638. wo er sagt: *Nam cum ad legis sententiam interpretatio omnis, quae fit ex aequo et bono, referenda sit, non poterit videri ea fuisse legislatoris sententia, quae verbis perspicuis adversatur.*

83) S. Webers Versuche über das Civilrecht Nr. I. §. 19. S. 58.

84) *L. 8. §. 16. D. h. t. L. 21. §. 1. L. 26. D. eodem.*

85) *L. 5. C. de heredit. petit.*

86) *L. 8. §. 16. D. h. t.*

gen[87]). Der obsiegende Kläger kann auch selbst die condictio indebiti utilis anstellen[88]), insofern der Gewinn des Prozesses auch die Hinfälligkeit der Vermächtnisse zur Folge hat. Was der Testamentserbe während des Prozesses bezahlte, dafür kann er keinen Ersatz fordern, wenn er wußte, daß es eine Nichtschuld war[89]).

§. 559.

Beschränkter Gebrauch der Querel. Nachtheilige Folge eines mißlungenen Versuchs derselben.

Der Gebrauch der Inofficiositätsklage ist übrigens auf mancherley Art beschränkt, wovon man den Grund gewöhnlich[90]) darin setzt, daß diese Klage bey den Römern nicht sehr beliebt gewesen, theils wegen des Vorwandes der Blödsinnigkeit des Testirers, theils weil dadurch ein Testament aufgehoben wird, an dessen Erhaltung doch den Römern soviel gelegen war[91]). Daher soll

1) die

87) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 421. S. 347.

88) *L. 8. §. 16. D. h. t.* Man sehe hier Westphal von Testamenten §. 1043.

89) *L. 21. §. 1. D. h. t.* Westphal §. 1050.

90) VOET in Comm. ad Dig. h. t. §. 20. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 535. S. 607.

91) So soll z. B. wenn in einem Gericht die Meinungen der Richter dergestalt getheilt sind, daß eben so viele für als gegen das Testament stimmen, nach der erstern Meinung das Urtheil gesprochen werden. *L. 10. pr. D. h. t.* Man vergleiche über diese Stelle Cujaz Observat. Lib. X. cap. 20. vorzüglich aber Zepernik zu SICCAMA de iudicio centumvir. lib. II. cap. 7. not. a. pag. 157. seqq.

1) die Querel nicht Statt finden, wenn der Ausgeſchloſſene durch ein anderes Rechtsmittel zur Erbſchaft gelangen kann. Juſtinian ſagt[92]): Qui ad hereditatem totam vel partem eius *alio iure* veniunt, *de inofficioſo* agere non poſſunt; ja er nennt die Querel an einem andern Orte[93]) ausdrücklich das *ultimum adiutorium*, alſo das letzte Rechtsmittel, welches folglich, ſo lange andere Rechtsmittel vorhanden ſind, nicht gebraucht werden ſoll. Nach dieſer Anſicht dürfte alſo derjenige, welcher das Teſtament als nullum, oder ruptum oder irritum anfechten kann, die Querelam inofficioſi nicht anſtellen; und derjenige, welcher mit dieſer Klage nicht glücklich gefahren wäre, müßte nun alles verlohren haben. Daß dieſes aber doch der Fall nicht ſey, iſt aus den Geſetzen deutlich zu erſehen. Schon die Geſetze der Pandecten[94]) geſtatten dem ausgeſchloſſenen Notherben, der mehrere Gründe das Teſtament zu beſtreiten für ſich hat, die Wahl, aus welchem Grunde er daſſelbe zuerſt angreifen wolle; und nach den Geſetzen des Coder[95]) kann er ſogar, wenn er auch

92) §. 2. *I. h. t.*

93) *L. ult. C. de lib. praeterit.* S. PÜTTMANN Diſſ. Inofficioſi querelam teſtamenti remedium ſubſidiarium eſſe. (in EIUS *Adverſar. iur. univ.* Lib. I. cap. 6.)

94) *L. 8. §. 12. D. h. t.* Si quis et *irritum* dicat teſtamentum vel *ruptum*, et *inofficioſum*, conditio ei deferri debet, *utrum prius movere volet.*

95) *L. 14. C. eodem.* Eum, qui *inofficioſi querelam* delatam non tenuit, (d. i. *in querela delata non obtinuit*, wie es Weſtphal von Teſtamenten §. 1024. S. 760. richtig erklärt;) a *falſi accuſatione* non ſubmoveri placuit. Idem obſervatur et ſi e contrario *falſi crimine inſtituto* victus, poſtea *de inofficioſo actio-*

gen[87]). Der obsiegende Kläger kann auch selbst die condictio indebiti utilis anstellen[88]), insofern der Gewinn des Prozesses auch die Hinfälligkeit der Vermächtnisse zur Folge hat. Was der Testamentserbe während des Prozesses bezahlte, dafür kann er keinen Ersatz fordern, wenn er wußte, daß es eine Nichtschuld war[89]).

§. 559.

Beschränkter Gebrauch der Querel. Nachtheilige Folge eines mißlungenen Versuchs derselben.

Der Gebrauch der Inofficiositätsklage ist übrigens auf mancherley Art beschränkt, wovon man den Grund gewöhnlich[90]) darin setzt, daß diese Klage bey den Römern nicht sehr beliebt gewesen, theils wegen des Vorwandes der Blödsinnigkeit des Testirers, theils weil dadurch ein Testament aufgehoben wird, an dessen Erhaltung doch den Römern soviel gelegen war[91]). Daher soll

1) die

87) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 421. S. 347.

88) *L. 8. §. 16. D. h. t.* Man sehe hier Westphal von Testamenten §. 1043.

89) *L. 21. §. 1. D. h. t.* Westphal §. 1050.

90) VOET in Comm. ad Dig. h. t. §. 20. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 535. S. 607.

91) So soll z. B. wenn in einem Gericht die Meinungen der Richter dergestalt getheilt sind, daß eben so viele für als gegen das Testament stimmen, nach der erstern Meinung das Urtheil gesprochen werden. *L. 10. pr. D. h. t.* Man vergleiche über diese Stelle Cujaz Observat. Lib. X. cap. 20. vorzüglich aber Zepernik zu SICCAMA de iudicio centumvir. lib. II. cap. 7. not. a. pag. 157. seqq.

1) die Querel nicht Statt finden, wenn der Ausgeſchloſſene durch ein anderes Rechtsmittel zur Erbſchaft gelangen kann. Juſtinian ſagt[92]): Qui ad hereditatem totam vel partem eius *alio iure* veniunt, *de inofficioſo* agere non poſſunt; ja er nennt die Querel an einem andern Orte[93]) ausdrücklich das *ultimum adiutorium*, alſo das letzte Rechtsmittel, welches folglich, ſo lange andere Rechtsmittel vorhanden ſind, nicht gebraucht werden ſoll. Nach dieſer Anſicht dürfte alſo derjenige, welcher das Teſtament als nullum, oder ruptum oder irritum anfechten kann, die Querelam inofficioſi nicht anſtellen; und derjenige, welcher mit dieſer Klage nicht glücklich gefahren wäre, müßte nun alles verlohren haben. Daß dieſes aber doch der Fall nicht ſey, iſt aus den Geſetzen deutlich zu erſehen. Schon die Geſetze der Pandecten[94]) geſtatten dem ausgeſchloſſenen Notherben, der mehrere Gründe das Teſtament zu beſtreiten für ſich hat, die Wahl, aus welchem Grunde er daſſelbe zuerſt angreifen wolle; und nach den Geſetzen des Codex[95]) kann er ſogar, wenn er auch

92) §. 2. *I. h. t.*

93) *L. ult. C. de lib. praeterit.* S. PÜTTMANN Diſſ. Inofficioſi querelam teſtamenti remedium ſubſidiarium eſſe. (in EIUS *Adverſar. iur. univ.* Lib. I. cap. 6.)

94) *L. 8. §. 12. D. h. t.* Si quis et *irritum* dicat teſtamentum vel *ruptum*, et *inofficioſum*, conditio ei deferri debet, *utrum prius movere volet.*

95) *L. 14. C. eodem.* Eum, qui *inofficioſi querelam* delatam non tenuit, (d. i. *in querela delata non obtinuit*, wie es Weſtphal von Teſtamenten §. 1024. S. 760. richtig erklärt;) a *falſi accuſatione* non ſubmoveri placuit. Idem obſervatur et ſi e contrario *falſi crimine inſtituto* victus, poſtea *de inofficioſo actio-*

auch mit der Inofficiositätsklage den Proceß verlohren hätte, nachher noch auf die Nichtigkeit des Testaments klagen; und wenn er zuerst auf die Nichtigkeit geklagt, und den Proceß verlohren hätte, noch immer die Inofficiositätsklage ergreifen.

2) Die Querel geht nicht auf die Erben des Ausgeschlossenen über, wenn derselbe stirbt, ohne sie bey seinem Leben angestellt, oder wenigstens zu deren Anstellung die nöthige Zubereitung gemacht zu haben. Hierher gehört wenn Ulpian[96]) sagt: Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? PAPINIANUS respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur; si post agnitam bonorum possessionem, esse successionem accusationis, et, si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata; vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit; puto ad heredem transire. Zu einer solchen Zubereitung, welche erfordert wird, um die Querel auf die Erben zu bringen, ist jedoch schon hinreichend, wenn der Ausgeschlossene auch nur noch bey seinem Leben mit Anstellung der Klage gedrohet[97]), oder

actionem exercere maluerit. *L. 16. C. eodem.* Contra maiores viginti quinque annis duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non sit *iure perfectum*; alteram, quasi *inofficiosum*, licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest. Man sehe Westphal von Testamenten §. 1022.

96) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

97) *L. 7. D. h. t.* Is si *comminatus tantum accusationem fuerit*, vel usque ad *denunciationem* vel *libelli dationem* processerit, ad here-

oder sonst seinen Vorsatz zu klagen, auf irgend eine Art geäußert hat [98]). Eben dieses findet nach dem neuern Römischen Rechte ohne Zweifel auch bey den enterbten emancipirten Kindern um so mehr Statt, da die zur Vorbereitung der Querel bey denselben ehemals erforderlich gewesene bonorum possessio litis ordinandae gratia, deren noch Ulpian [99]) gedenkt, nach der Analogie der Nov. 118. Kap. 1. wie bereits oben [100]) gezeigt worden, nun ohnehin wegfällt [1]).

Ohne

heredem suum accusationem transmittet. Worin die *denuntiatio* bestanden, welche hier von der datione libelli unterschieden wird, habe ich in Opusc. iurid. Fascic. II. pag. 356. seqq. und im Commentar 3. Th. 2. Abth. §. 219. S. 296.

98) *L. 5. Cod. h. t.* Si pater tuus post litem contestatam, vel *postquam propositum habuisset, inofficiosum fratris testamentum dicere*, te herede relicto decessit: causam coeptam vel quocunque modo illi placitam exsequi non prohiberis.

99) *L. 6. §. 2. L. 8. pr. D. h. t.*

100) S. §. 551. S. 334. folg.

1) *Io.* SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. XIV. §. 24 et 27. glaubt, die Bonorum possessio litis ordinandae gratia sey schon durch die Verordnung des Krs. Konstantin L. 1. C. Th. h. t. aufgehoben worden, wo es heißt: *sine auxilio Praetoris*, petitionis aditus per querelam referetur. Nach seiner Meinung hatten nämlich nicht bloß emancipirte Kinder, sondern jeder, welcher die Inofficiositätsklage anstellen wollte, jene Bon. possessio zu agnosciren nöthig. Denn da ein pflichtwidriges Testament ipso iure gilt, so könne nur der darin eingesetzte Erbe, so lange das Testament nicht rescindirt worden, für den eigentlichen wahren Erben gehalten werden. *L. 32. D. de hered. petit.* Jeder gesetzmäßig exheredirte Intestaterbe habe

Ohne eine solche Zubereitung geht die Querel auch nicht einmahl auf die Descendenten des Enterbten über, außer in dem einzigen Falle, wenn der enterbte Sohn während der Deliberation des eingesetzten Erben stirbt. In diesem Falle können die Kinder desselben die Querel als Erben anstellen, wenn gleich ihr verstorbener Vater noch keine Zubereitung zur Anstellung der Klage gemacht hatte [2]).

Zwar

habe daher erst durch die Wohlthat des Prätors in die Lage eines Erben müßen gesetzt werden. Hieraus erkläre sich die Regel Ulpians *Fragm.* Tit. XXVIII. §. 12. *Qui heredes non sunt, beneficio Praetoris constituendi sunt heredis loco.* Diese Bonorum possessio litis ordinandae causa sey also eine bloße Solennität, und daher sine re gewesen. Constantin habe diese Feyerlichkeit zuerst bey der gesetzlichen Erbfolge mit der Cretion aufgehoben. *L. un. Cod. Theod. de cretione vel bonor. poss.* nachher auch bey der querela inoff. testam. *L. 1. C. Th. cit.* Allein dieses ganze System ist ungegründet. Weder in der *L. un. C. Th. de cret.* noch in der *L. 1. C. Th. h. t.* ist die Rede von der B. Possession *litis ordinandae causa.* Man sehe Koch Bonor. possessio S. 525. folg. und *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. C. Theod. h. t. Tom. I. pag. 198. Wäre diese Bonor. possessio schon vom Kr. Constantin aufgehoben worden, so würden ja wohl die *L. 6.* §. 2. *L. 7.* und *L. 8. pr. D. h. t.* worin derselben Erwähnung geschieht, ohne Interpolation nicht in die Pandecten aufgenommen worden seyn, und die *L. 2. C. h. t.* wäre vollens ohne Sinn gewesen. S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 1018.

2) *L. 34. C. h. t. Franc.* RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decis. Justin. lib. III. pag. 157. in fin. MALBLANC in Princip. iur. Rom. Tom. III. §. 699. nr. VII. pag. 855. Westphal von Testamenten §. 1029. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1705.

Zwar meint Hellfeld, daß in dem bemerkten Falle die Querel auf alle Erben des enterbten Sohns (heredes exheredati extraneos) übergehe; und Walch [3]) behauptet sogar, daß nach dem neuesten Röm. Rechte zur Transmission der Querel nicht einmahl die Präparation mehr nöthig sey. Allein alle diese Ideen sind ungegründet. Justinian [4]) sagt ausdrücklich: Iubemus, in tali specie eadem iura *nepoti* dari, quae *filius* habebat; etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse *nepotem* eandem causam proponere. Noch deutlicher aber werden in einer neuern Constitution dieses Kaisers [5]) die heredes extranei des enterbten Sohns ausgeschlossen, in welcher es heißt: In *medio* tamen *tempore*, id est, a morte quidem testatoris, sed *ante aditam hereditatem*, si decesserit *filius*, huiusmodi querelam (*licet se non praeparaverit*) ad suam *posteritatem* transmittet: ad *extraneos* vero *heredes* tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet *praeparationem*. Der Grund, den Walch von der aufgehobenen ratione legis hernimmt, wird Niemanden überzeugen, der da weiß, daß die Anwendung eines römischen Gesetzes darum noch nicht gleich wegfällt, wenn gleich die Umstände, welche auf das Gesetz eine Beziehung haben, bey uns wegfallen [6]).

3) Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes. *Jenae* 1772. §. 8. Eben diese Meinung vertheidigte nachher auch *Chr. Henr.* BREUNING in Quaest. iur. controv. An supersit causa odii querelae inoff. testam. *Lipsiae* 1773. §. 3. et 8.

4) *L. 34. C. cit.*

5) *L. 36. §. 2. in fin. Cod. h. t.*

6) S. Webers Versuche über das Civilrecht Nr. I. §. 16. S. 52. ff. und dieses Commentars 2. Th. §. 58. S. 363.

Man kann daher immerhin zugeben, daß das alte Fundament, welches diese Klage gehäßig machte, durch das neueste röm. Recht aufgehoben worden sey, daraus folgt ja aber noch nicht, daß die Querel ohne Präparation auf die Erben gehe. Ihr Fundament bleibt immer ein bloß persönliches, wie bey der Injurienklage [7]). Hiermit stimmt auch der Gerichtsgebrauch [8]) überein.

3) Die Inofficiositătsklage dauert nur fünf Jahre, und ist nach Ablauf dieser Frist erloschen [9]), wofern nicht hinlängliche Ursachen vorhanden seyn sollten, aus welchen der Enterbte, der die Zeit versäumt hat, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen könnte [10]).

Die

7) *Jac.* VOORDA Interpretat. iur. Rom. lib. II. cap. 14. pag. 160.

8) S. de Canngieſſer Deciſiones Haſſo-Caſſellan. Tom. I. Deciſ. CII. nr. 13.

9) *L. 8. §. 17. L. 9. D. de inoff. teſtam. L. 5. C. Th. eodem. L. 16. L. 34. in fin. L. 36. §. 2. Cod. Juſtin. eod. tit.* Ob die Querel auch in dem Falle auf den kurzen Zeitraum von 5 Jahren eingeschränkt sey, wenn sie als eine Einrede gegen die Klage des Testamentserben vorgebracht wird, (§. 552. S. 352. folg.) ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere wollen dieses behaupten, als *Jo.* SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exerc. XI. §. 32. *Pet. de* GREVE in Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exerc. VII. §. 20. *Mich. Godofr.* WERNHER in lectiſſim. Commentat. ad Pandect. P. I. h. t. §. 13. pag. 277. Allein daß die Regel, nach welcher die Einreden des Beklagten vor angestellter Klage durch keine Verjährung erlöschen, hier keine Ausnahme leiden, hat Herr Prof. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück. Nr. I. S. 7. folgg. sehr gründlich gezeigt.

10) *L. 8. §. 17. D. h. t.* Plane ſi *poſt quinquennium* inofficioſum dici coeptum eſt ex *magna* et *iuſta cauſa*, libertates non

eſſe

Die Veranlassung zur Bestimmung dieses Quinquenniums scheint das Edict des Kaisers Nerva gegeben zu haben, vermöge welchen der Zustand eines Verstorbenen nach fünf Jahren überall nicht mehr bestritten werden sollte [11]). Weil nun auch bey der Inofficiositätsklage der Zustand des Erblassers streitig gemacht wurde, indem man die Klage darauf gründete, daß derselbe eine Anwandelung von Raserey gehabt, als er das Testament errichtet habe; so fanden es die römischen Rechtsgelehrten der Natur der Inofficiositätsklage sehr gemäß, die Dauer derselben zu

esse revocandas, quae competierunt, vel praestitae sunt. S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 1052.

11) *L. 4. D. ne de statu defunctor. post quinquennium quaeratur. Jo. Abrah.* AHASVERI Diss. II. de M. Coccejo Nerva Imp. *Goettingae* 1752. §. 24. et 25. Hierdurch widerlegt sich die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß nach dem ältern Röm. Rechte die Querela inofficiosi nur zwey Jahre gedauert habe. Eine Meinung, welche besonders *Jac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 5. Cod. Theod. h. t. *Jan. a* COSTA in Commentar. ad pr. J. eodem. SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 6. POTHIER in Pandect Justin. Tom. I. h. t. nr. LII. pag. 197. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1704. not. a. und Westphal im angef. Buche §. 1051. zu vertheidigen gesucht haben. Allein das Zeugniß des Plinius Lib. V. Epist. 1. worauf sie sich durchgehends berufen, beweiset ihre Meinung nicht, weil Plinius nicht von der Verjährung der Inofficiositätsklage, sondern von der usucapione pro herede redet, wie *Petrus de* TOULLIEU in Collectaneis iuris civ. pag. 387. und PÜTTMANN in Interpretat. et Observat. iur. Rom. cap. XXX. pag. 150. hinlänglich gezeigt haben. Man vergleiche auch ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. pag. 155. not. k.

Folge jenes Grundsatzes zu beschränken [12]). Fällt nun gleich dieser Grund heut zu Tage weg, so hat man es doch bey dieser nachher durch die Gesetze selbst bestimmten Dauer um so mehr bewenden lassen, da auch jetzt noch immer Grund genug zur Einschränkung dieser Klage vorhanden ist [13]).

Um jedoch den Zeitpunct genauer zu bestimmen, da die Klage ihren Anfang nimmt, so ist ein Unterschied zu machen, ob der Kläger noch minderjährig, oder schon majorenn ist. Einem noch minderjährigen Kläger läuft das Quinquennium nicht eher, als nach dem Eintritt der Großjährigkeit [14]). Ist hingegen der Enterbte schon majorenn, so wird das Quinquennium von der Zeit an gerechnet, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat [15]). Es wird

12) Man vergleiche hier vorzüglich PÜTTMANN c. l. pag. 149. und desselben Adversaria iuris univ. Lib. I. cap. 6.

13) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 58. S. 363. folg.

14) *L. 2. C. In quib. caus. in integr. restitutio necess. non est.* Adolescentiae tempus non imputari in id quinquennium liberis, cuius praescriptis seram inofficiosi quaestionem moventibus opponi solet, manifeste ante descripsimus. Impleta igitur aetate legitima, non est in integrum restitutio necessaria: quia non redintegratio amissae causae his datur, sed integra ipsa causa servatur.

15) Vor Justinian war es unter den alten Rechtsgelehrten streitig, wenn das Quinquennium zu laufen anfange; Ulpian rechnete den Anfang von der Antretung der Erbschaft, Herennius Modestinus aber schon von dem Tode des Testirers. Es erhellet dies aus *L. 36. §. 2. C. h. t.* wo Justinian diesen Streit entschied. Illud praeterea sancimus, heißt es daselbst, ut tempora inofficiosi querelae *ab adita hereditate* secundum *Ulpiani* opinionem currant, *Herennii Modestini* sententia

wird jedoch vorausgeſetzt, daß der Kläger in Anſtellung der Klage nicht gehindert ſey. Denn das Quinquennium iſt ein tempus ratione initii utile [16]). Es wird daher die Zeit nicht gerechnet, da die Querel noch nicht erhoben werden konnte. Hatte der Kläger zuerſt die Nullitätsklage angeſtellt, aber den Prozeß verlohren, ſo kann auch ſelbſt dem majorennen Kläger die Einrede der Verjährung nicht entgegen geſetzt werden, wenn er nachher noch zur Inofficioſitätsklage ſeine Zuflucht nimmt, wenn gleich während der Zeit, da der Nichtigkeitsproceß geführt wurde, das Quinquennium bereits verſtrichen wäre. Denn dieſe Zeit wird nicht gerechnet, weil in derſelben die Inofficioſitätsklage nicht erhoben werden konnte [17]). Aus eben dieſem Grunde kann daher auch denen, welche durch Succeſſion zur Querel kommen, (S. 378.) das Quinquennium nicht eher, als von der Zeit, zu laufen anfangen, da diejenigen, welche der Ordnung nach die nächſten zur Querel waren, ſich entweder ihres Anſpruchs begeben, oder ihr Klagerecht durch Verjährung verlohren haben, oder mit der Klage abgewieſen worden ſind [18]).

tentia recuſata, qui a morte teſtatoris illico curſum de inofficioſo querelae temporis dabat. S. *Franc.* RAGUELLI Commentar. ad conſtitut. et Deciſion. Juſtiniani Lib. III. pag. 165.

16) Siehe den 3. Th. dieſes Commentars §. 269 a. S. 501. folg.

17) *L.* 16. *C. h. t.* wo es heißt: praeſcriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non naſcitur, *quae officere non ceſſantibus non poteſt.* Man ſehe PÜTTMANNI Adverſaria iuris univ. Lib. I. cap. 6. pag. 117. ſeqq. und Weſtphal von Teſtamenten §. 1024. S. 760.

18) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1704. in fin. pag. 885.

4) Hat der Kläger die Querel ohne Grund erhoben, er habe nun für sich selbst, oder freywillig für einen andern querulirt, und er wird abgewiesen, so macht er sich zur Strafe auch des Vermächtnisses verlustig, welches ihm etwa in dem Testament war hinterlassen worden, weil er das Andenken des Erblassers dadurch beschimpft hat; und der Fiskus ist befugt, solches in Beschlag zu nehmen [19]). Die Strafe fällt jedoch weg,

1) wenn der Vormund die Querel für seinen enterbten Mündel aus Amtspflicht erhob [20]). Dieser ist einem bloßen Sachwalter nicht gleich zu achten, der den Auftrag ablehnen konnte [21]).

2) Wenn der Kläger den Prozeß liegen ließ, oder noch vor dem Endurtheil starb [22]). Denn der Kläger muß den Prozeß bis zum Endurtheil nicht nur fortgesetzt, sondern auch dieses noch erlebt haben [23]).

3) Wenn ohne gründliche Untersuchung der Sache bloß in contumaciam erkannt worden ist [24]).

Ueber-

19) *L. 8. §. 14. D. h. t.*

20) *§. 5. I. h. t. L. 30. §. 1. D. eodem. L. 22. D. de his, quae ut indign.*

21) *L. 5. §. 11. D. de his, quae ut indignis. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. Exc. 1. Westphal von Testamenten §. 1070.

22) *L. 8. §. 14. D. h. t.*

23) Westphal §. 1054.

24) *L. 8. §. 14. cit.* Proinde et si absente eo secundum praesentem pronuncietur, potest dici, conservandum ei, quod accepit.

Ueberhaupt aber wollen mehrere Rechtsgelehrten [25]) behaupten, daß diese Strafe heutiges Tages ganz wegfallen müsse, weil eines Theils durch die Querel nach der Novelle 115. die Vermächtnisse nicht mehr zu Grunde gehen, andern Theils aber auch die Anfechtung eines Testaments aus dem Grunde der Pflichtwidrigkeit keine so grobe Beleidigung mehr für den Testirer sey, als ehemals, da der Kläger den colorem dementiae zur Begründung seiner Klage zu Hülfe nehmen mußte, welcher aber h. z. T. wegfalle. Allein alle diese Gründe sind von keinem sonderlichen Gewicht. Denn

1) redet die Novelle ausdrücklich nur von solchen Vermächtnissen, die andern Personen, und nicht dem, welcher die Querel anstellt, hinterlassen worden sind, und welche dieser, wenn er den Proceß gewinnt, selbst auszahlen muß. Sie findet also auf den gegenwärtigen Fall gar keine Anwendung.

2) Läßt sich auch nicht behaupten, daß der color insaniae bey der Querel im neuern römischen Rechte ganz aufgehoben sey. Das Gegentheil ist oben (S. 420.) dargethan worden. Fällt nun aber auch dieser Vorwand bey der Querel der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. weg, so bleibt es immer noch eine harte Beleidigung des Testirers, wenn man sein Testament als pflichtwidrig ansicht; und dann muß man

25) *Ev.* OTTO in Comm. ad Institut. h. t. §. 5. pag. 298. seq. *Jo. Chrph.* WOLTAER Observat. iur. civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 26. und *Jo. Chrph.* KOCH in Specim. comp. Pand. acced. Meditat. ad SCHAUMBURGI compend. Dig. medit. 5.

4) Hat der Kläger die Querel ohne Grund erhoben, er habe nun für sich selbst, oder freywillig für einen andern querulirt, und er wird abgewiesen, so macht er sich zur Strafe auch des Vermächtnisses verlustig, welches ihm etwa in dem Testament war hinterlassen worden, weil er das Andenken des Erblassers dadurch beschimpft hat; und der Fiskus ist befugt, solches in Beschlag zu nehmen [19]). Die Strafe fällt jedoch weg,

1) wenn der Vormund die Querel für seinen enterbten Mündel aus Amtspflicht erhob [20]). Dieser ist einem bloßen Sachwalter nicht gleich zu achten, der den Auftrag ablehnen konnte [21]).

2) Wenn der Kläger den Prozeß liegen ließ, oder noch vor dem Endurtheil starb [22]). Denn der Kläger muß den Prozeß bis zum Endurtheil nicht nur fortgesetzt, sondern auch dieses noch erlebt haben [23]).

3) Wenn ohne gründliche Untersuchung der Sache bloß in contumaciam erkannt worden ist [24]).

Ueber-

19) *L. 8. §. 14. D. h. t.*

20) *§. 5. I. h. t. L. 30. §. 1. D. eodem. L. 22. D. de his, quae ut indign.*

21) *L. 5. §. 11. D. de his, quae ut indignis. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. Exc. 1. Westphal von Testamenten §. 1070.

22) *L. 8. §. 14. D. h. t.*

23) Westphal §. 1054.

24) *L. 8. §. 14. cit.* Proinde et si absente eo secundum praesentem pronuncietur, potest dici, conservandum ei, quod accepit.

Ueberhaupt aber wollen mehrere Rechtsgelehrten [25]) behaupten, daß diese Strafe heutiges Tages ganz wegfallen müsse, weil eines Theils durch die Querel nach der Novelle 115. die Vermächtnisse nicht mehr zu Grunde gehen, andern Theils aber auch die Anfechtung eines Testaments aus dem Grunde der Pflichtwidrigkeit keine so grobe Beleidigung mehr für den Testirer sey, als ehemals, da der Kläger den colorem dementiae zur Begründung seiner Klage zu Hülfe nehmen mußte, welcher aber h. z. T. wegfalle. Allein alle diese Gründe sind von keinem sonderlichen Gewicht. Denn

1) redet die Novelle ausdrücklich nur von solchen Vermächtnissen, die andern Personen, und nicht dem, welcher die Querel anstellt, hinterlassen worden sind, und welche dieser, wenn er den Proceß gewinnt, selbst auszahlen muß. Sie findet also auf den gegenwärtigen Fall gar keine Anwendung.

2) Läßt sich auch nicht behaupten, daß der color insaniae bey der Querel im neuern römischen Rechte ganz aufgehoben sey. Das Gegentheil ist oben (S. 420.) dargethan worden. Fällt nun aber auch dieser Vorwand bey der Querel der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. weg, so bleibt es immer noch eine harte Beleidigung des Testirers, wenn man sein Testament als pflichtwidrig ansicht; und dann muß man

25) *Ev.* OTTO in Comm. ad Institut. h. t. §. 5. pag. 298. seq. *Jo. Chrph.* WOLTAER Observat. iur. civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 26. und *Jo. Chrph.* KOCH in Specim. comp. Pand. acced. Meditat. ad SCHAUMBURGI compend. Dig. medit. 5.

3) auch hier bedenken, was ich schon mehrmals erinnert habe, daß manche Folgesätze des röm. Rechts noch h. z. T. gelten, wenn gleich das Hauptprincip, woraus sie herfliessen, längst aufgehoben ist.

Mit Recht wird daher von andere Rechtsgelehrten [26]) jene Meinung verworfen, und practische Juristen [27]) bezeugen, daß die Strafe der Confiskation in dem bemerkten Falle noch jetzt im Gebrauch sey.

Diejenigen, welche behaupten, daß Kinder und Eltern nach der Novelle 115. die querelam inofficiosi gar nicht mehr hätten, sondern das Testament durch eine qualificirte Erbschaftsklage als nichtig bestreiten könnten, wenn die Vorschriften dieser Novelle nicht beobachtet worden, handeln zwar ganz consequent, wenn sie sagen, daß alle jene Folgen, welche der Natur der Querel, als einer odiösen Klage, eigen waren, bey dieser Nichtigkeitsklage wegfallen [28]). Bey dieser Klage könne also den sachfälligen Theil weder jene Strafe der Confiskation in Ansehung des ihm hinterlassenen Legats treffen, noch bedürfe es hier einer Vorbereitung zur

26) Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 1054. S. 787. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. x. Höpfner in Commentar §. 535. N. 4. THIBAUT System des P. R. Th. 2. §. 818. S. 233.

27) STRYK Us. mod. Pand. Lib. XXXIV. Tit. 9. §. 3. RICHTER Decis. XLII. nr. 7. et 13. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 161. REINHARTH ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 41. pag. 42.

28) Man sehe Book Lehre von der Enterbung §. 24. und §. 27. und THIBAUT System des Pand. R. 2. B. §. 819.

zur Transmission der Klage auf die Erben, noch schließe der Ablauf eines Quinquennjums den Kläger aus, sondern hier könne der ausgeschlossene Notherbe nur durch ein dreyßigjähriges Stillschweigen sein Recht verlieren. Allein da ich das sogenannte Nullitätssystem schlechterdings verwerfe, und die Nov. 115. von der Inofficiositätsklage erkläre, so halte ich auch die aus jenem System abgeleiteten Sätze für unrichtig.

§. 560.

Fälle, wo die Inofficiositätsklage nicht Statt findet.

Die Inofficiositäts-Querel fällt weg,

1) wenn sich der Notherbe derselben freywillig begiebt. Nach dem römischen Rechte gilt jedoch eine solche Entsagung nicht, wenn sie beym Leben des Erblassers geschehen ist, wenn gleich der Ausgeschlossene von dem Testirer gewisse Sachen oder Summen zu seiner Abfindung wegen des ihm gebührenden Pflichttheils erhalten hätte. Der Vertrag, den er deshalb mit dem Erblasser geschlossen hat, verbindet ihn nicht, sondern er kann das Testament anfechten, als wenn keine Entsagung geschehen wäre. Justinian [29]) sagt in einer merkwürdigen Constitution an den Praefectus praetorio *Iulian*: Illud etiam sancimus: ut si quis a patre certas res vel pecunias accepisset, et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur; et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agno-

29) *L. 35. §. 1. Cod. h. t.* Einen vortrefflichen Commentar über dieses Gesetz findet man in *Joh.* STRAUCHII Exercitat. ad L. Decisiones Justiniani. Exercit. IV.

agnoverit eius iudicium, ſed oppugnandum putaverit, *vetere iurgio exploſo*, huiusmodi pacto filium minime gravari, ſecundum *Papiniani* reſponſum, in quo definivit, *meritis magis filios ad paterna obſequia provocandos, quam pactionibus adſtringendos.* Juſtinian bemerkt hier, es ſey über die Frage, die er hier entſchieden hat, ein Streit unter den alten Rechtsgelehrten geweſen. Davon findet ſich indeſſen keine Spur; vielmehr war mit Papinian auch Paulus [30]) vollkommen einverſtanden, welcher ſogar den nämlichen Grund braucht, wenn er ſagt: Pactio talis, *ne de inofficioſo teſtamento dicatur*, querelam ſuper iudicio futuram non excludit. *Meritis enim liberos, quam pactionibus adſtringi placuit.* Viele [31]) glauben, daß von dieſer Vorſchrift des römiſchen Rechts heutiges Tages kein Gebrauch mehr zu machen ſey, weil nach den Grundſätzen des teutſchen Rechts Erbverzichte gültig wären. Andere [32]) hingegen ſind der Meinung, es finde zwar eine Entſagung Statt; ſie müſſe aber eidlich beſtärkt werden; denn dieſes erfordere das Canoniſche Recht [33]). Dies behauptet auch Hellfeld. Allein jene Vorſchrift des römiſchen Rechts, welche die Entſagung der Querel bey Lebzeiten des Erblaſſers für ungültig erklärt, beruhet auf einem ganz andern Grunde

30) *Sentent. recept.* Lib. IV. Tit. 5. §. 8. in SCHULTING *Jurispr. Antejuſt.* pag. 399.

31) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1703. Schmidt Commentar über ſ. Vaters Lehrbuch von Klagen 3. B. §. 548. S. 18. THIBAUT Syſtem des Pandectenrechts 2. B. §. 818. S. 233.

32) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. XCIII. Cor. 3.

33) Arg. *cap.* 2. *de pactis in* 6*to.*

Grunde, als dem, welchen man gewöhnlich angiebt, daß nämlich Erbverzichte nach dem römischen Rechte[34]) ungültig wären. Justinian erklärt vielmehr den Vertrag, den der Vater mit seinem Sohne über die Entsagung der Querel geschlossen, nach dem Gutachten des Papinians darum für unverbindlich, *quia meritis magis filii ad paterna obsequia provocandi sunt, quam pactionibus adstringendi*; oder, wie es die Basilica[35]) ausdrücken: μᾶλλον ἐνεργεσίαις (beneficiis[36]) προκαλεῖσθαι πρὸς ὑπακοὴν εἰς τὰς πατρικὰς ὑπηρεσίας ἀπὸ τῶν πατέρως τὲς παῖδας, καὶ μὴ διὰ συμφώνων συσφίξεσθαι; d. i. weil Väter ihre Kinder zur Befolgung ihres Willens vielmehr durch Wohlthaten aufmuntern, als durch Verträge, wodurch sie dieselben um ihr Recht bringen, verbinden sollen. Dieser Grund findet auch auf unsere heutige Verfassung vollkommene Anwendung, da die Lehre von dem Pflichttheile der Notherben aus dem römischen Rechte herstammt, und nach den Grundsätzen desselben beurtheilt werden muß. Nach diesen Grundsätzen aber darf der Pflichttheil auf keine Weise geschmälert werden, und selbst alsdann, wenn Kinder die Enterbung verdient haben, muß diese dennoch nach Vorschrift der Gesetze mit Anführung einer rechtmäßigen Ursache geschehen, wenn das Testament nicht angefochten werden soll. Fehlt es an einer

34) *L. 94. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 16. D. de suis et legitim. hered. L. 3. C. de Collation.*

35) Tom. V. Lib. XXXIX. Tit. 1. pag. 216.

36) Strauch a. a. O. Cap. III. nr. 2. erklärt dies sehr richtig, wenn er sagt: quod fit gerendo se erga filium ex officio paterno, non ἀναιδεινόντως, *inofficiose*, nempe si ei relinquit, quantum legibus debebatur.

einer solchen Ursache, und der Sohn paciscirt mit dem Vater, daß er gegen den Empfang einer Summe das Testament nicht anfechten wolle, in welchem ihn der Vater enterben würde, so ist der Vertrag offenbar gesetzwidrig. Wie aber, wenn der Notherbe seines Pflichttheils wegen vollkommen abgefunden wäre? Nach Ulpian [37]) würde ihm hier die exceptio doli entgegen gesetzt werden können, wenn er der geschehenen Verzichtleistung zuwider die Inofficiositätsklage anstellen wollte. Ulpian redet zwar nur vom Vater, wenn er sagt: Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius, *quantum satis est*, (unstreitig den Pflichttheil) contulit, ne iudicia eius inquietet, *exceptione doli* repellitur. Allein man kann mit Grund behaupten, daß er in dem Falle, da der Sohn der abgefundene Theil ist, nicht anders gesprochen haben würde. Ob aber auch noch nach der 115. Novelle dem Sohne oder Vater die Einrede des Dolus entgegenstehen würde, ist eine andere Frage. Ich glaube sie, nach den klaren Worten des 3. und 4. Kap. dieser Novelle, gerade zu verneinen zu können. Denn Justinian sagt ausdrücklich, es soll so wenig den Eltern erlaubt seyn ihre Kinder, als den Kindern ihre Eltern zu enterben, oder zu präteriren, *etsi quacunque donatione, vel legato, vel fideicommisso, vel* ALIO QUOCUNQUE MODO *partem legibus illis debitam dederint*; wenn sie sich nicht durch Undankbarkeit der Enterbung würdig gemacht haben, und eine von den im Gesetz bestimmten Ursachen angeführt wird. Dieses Gesetz würde also die kraftvollste Replic gegen die exceptio doli darbieten. Und so läßt denn nun die

37) *L. 1. §. 3. D. Si quis a parente manumiss.*

die heutige Anwendbarkeit der *L.* 35. §. 1. *C. h. t.* wohl keinen gegründeten Zweifel übrig, welche überdem durch die Entscheidungen der angesehensten teutschen Spruch-Collegien [38]) noch besonders bestärkt werden kann. Daß hingegen nach dem Tode des Erblassers eine solche Verzichtleistung in Absicht auf die Querel gültig geschehen könne, leidet keinen Zweifel, und Justinian sagt dieses selbst in der angeführten *L.* 35. §. 1. *C. h. t.* Sed hoc ita admittimus, nisi *transactiones ad heredes paternos* (i. e. cum heredibus paternis) *filius celebravit*, in quibus *apertissime iudicium patris agnoverit.* Es kann jedoch eine solche Entsagung nicht nur ausdrücklich durch Vergleich [39]) geschehen, wohin auch der Fall gehört, den Paulus [40]) anführt: si in testamento adscripserim post mortem patris, con-

sen-

38) S. *de* CANNENGIESSER Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CLI. nr. 1.—3. und nr. 6. pag. 647. seqq. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 3. Th. Resp. XCIII. nr. 22. und 23. S. 798. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Band Resp. 195. nr. 23. S. 194. und besonders Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Band Nr. XXXIII. S. 247. ff.

39) STRAUCH c. l. Cap. V. nr. 1. sqq. Sollte jedoch der Testamentserbe den Vergleich nicht gehörig erfüllen, so bleibt es dem Enterbten unbenommen, die Inofficiositätsklage annoch anzustellen. *L.* 27. *pr. D. h. t.*

40) *L.* 31. §. 4. *D. h. t.* Hätte der Sohn seine Enterbung in dem väterlichen Testamente mit eigener Hand geschrieben, so wird diese Enterbung nicht für ungültig gehalten, und der Prätor giebt hier dem Sohne keine Bonorum possessio contra tabulas. *L.* 8. §. 6. *D. de B. P. contra tab.* S. Weber zu Höpfners Commentar §. 660. Not. *. S. 721. und DANIELS Diss. de Senatusconsulto Liboniano. *Bonnae* 1791. §. 20.

sentire me. Repellendus sum ab accusatione; sondern auch stillschweigend, wenn nämlich der Enterbte eine solche Handlung unternimmt, wodurch er das Testament als gültig, und den Testamentserben für einen wahren Erben anerkennt. Eine solche Handlung ist

1) Annehmung eines Vermächtnisses aus den Händen des eingesetzten Erben[41]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

a) daß der Enterbte das Vermächtniß für sich fordere. Denn wenn er es als Vormund für seinen Mündel fordert, so vergiebt er sich hierdurch in Ansehung der ihm zustehenden Querel nichts, weil er hier aus Amtspflicht handelt[42]). Ein anders wäre, wenn er es zwar für einen an-

41) *L. 5. D. de his, quae ut indignis.* Post legatum acceptum, non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: *inofficiosum autem dicere non permittitur.* Add. L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. D. h. t. Hat der Enterbte das Legat eingeklagt, er ist aber mit der Klage abgewiesen worden, weil es nachher der Testirer wiederrufen hatte, so verliert er sein Recht zur Querel nicht. *L. 12. §. 2. D. h. t.* Si, cum filius *ademtum legatum* instituit petere, summotus, repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est. Quamvis enim agendo testamentum comprobaverit; tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

42) §. 4. *I. h. t.* Von diesem Falle ist auch die *L. 10. §. 1. D. eod.* zu verstehen, wo Marcellus sagt: Illud notissimum est, eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum, *nisi id totum alii administravit.* Man sehe POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XLVI. not. b. p. 197.

andern verlangt, aber nicht aus Amtspflicht, sondern als Advocat, oder als freywilliger Anwalt [43]).

b) Daß der Enterbte das Vermächtniß aus den Händen des Erben erhalten habe. Wenn also das Legat ein solches ist, welches der Enterbte ohne Abforderung und besondere Annehmung schon inne hat, wie z. B. das Vermächtniß einer Schulderlassung, so hindert dieses den Enterbten nicht, die Querel dennoch anzustellen, weil es hier an einer Handlung fehlt, wodurch das Testament anerkannt wird [44]).

Wie aber, wenn der Testirer Jemanden ein Legat unter der Bedingung hinterlassen, dem Enterbten etwas davon auszuzahlen, und der Enterbte diese Summe aus den Händen des Legatars angenommen hätte? Nach Ulpian [45]) ist

43) *L. 32. pr. D. h. t.*

44) *L. 12. §. 3. D. eod.*

45) *L. 8. §. 10. D. h. t.* Si conditioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius, qui eandem querelam movere potest; et sciens is accepit: videndum est, ne ab inofficiosi querela excludatur. Agnovit enim iudicium. Idem est, *et si legatarius ei* vel statu liber *dedit.* Et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei jusserat dare. Ceterum si *legatarium*; numquid semel natam inofficiosi querelam non perimat legati oblatio? Cur ergo in herede absolute diximus? Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela. Ego eventum puto sequendum in hac re: ut, si forte, *antequam iudicium moveatur*, oblatio ei fiat eius, quod relictum est, *quasi ex voluntate testatoris oblato eo, satis ei factum videatur.* Anton Faber in Rational. ad Pand. will hier nichts als Tribonianismen antreffen. Allein daß hierzu nicht der mindeste Grund vor-

ist ein Unterschied zu machen, ob der Enterbte die Querel bereits erhoben hatte, oder nicht. Im ersten Falle kann ihm die Annahme des Legats nicht präjudiciren; der Kläger nimmt dies auf Abschlag der ganzen Erbschaft, welche er abfordert. Denn gewinnt er, so bekommt er ohnedem alles, was der Legatar erhalten hat. Die Fortsetzung des Prozesses ist als eine Protestation anzusehen, daß sich der Enterbte hierdurch nichts in Ansehung seines Anspruchs vergeben wolle. In dem letztern Falle hingegen hält Ulpian die Annehmung des Legats für eine Anerkennung des Willens des Testirers, und der Enterbte kann nun das Testament nicht weiter anfechten.

Allein sollte diese Entscheidung nicht durch die Novelle 115. eine Abänderung erlitten haben?

Viele Rechtsgelehrte[46]) behaupten wirklich, daß nach der Nov. 115. die Annehmung eines Vermächtnisses die Inofficiositätsklage auf keinen Fall mehr ausschließe, weil nach der Vorschrift dieses Gesetzes die Vermächtnisse ihre Gültigkeit behielten, wenn gleich das Testament als pflichtwidrig rescindirt würde. Allein es ist zu unterscheiden, ob die Querel von Geschwistern oder von Kindern oder Eltern

vorhanden sey, hat Ulrich Huber in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 251. seq. sehr gründlich gezeigt. Das Gesetz selbst, welches freylich etwas dunkel ist, hat Westphal in der Lehre des R. R. von Testamenten §. 1082. sehr gut erklärt. Man vergleiche auch POTHIER Pandectae Iustin. T. I. h. t. Nr. XLV.

46) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIII. medit. 7. MADIHN Princip. iur. ROM. de Succession. §. 264. KOCH Meditat. ad SCHAUMBURGII Compendium Dig. Specim. 5. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. 1703. und MALBLANC Dig. Tom. III. §. 699.

tern angestellt wird. Im ersten Falle bleibt es ganz bey dem ältern Rechte. In dem andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob dem Erben selbst, oder bloß einem Legatar die Auszahlung des Vermächtnisses an den Enterbten von dem Testator anbefohlen worden ist. In dem letztern Falle halte ich dafür, daß die Annehmung eines Vermächtnisses aus den Händen des Legatars den Enterbten nach der Nov. 115. an der Anstellung der Inofficiositätsklage nicht hindere. Denn den Legatar kann der Kläger nach der Nov. 115. immerhin als einen solchen anerkennen, deswegen hat er noch nicht den Erben selbst, als solchen, anerkannt [47]). Allein in dem ersten Falle steht die Annehmung eines Vermächtnisses aus den Händen des Erben mit der Anstellung der Inofficiositätsklage im offenbaren Widerspruche. Dieser Widerspruch kann durch die Nov. 115. nicht gehoben werden. Denn Justinian redet daselbst von solchen Vermächtnissen, die einem Dritten auszuzahlen, nicht aber von solchen, welche dem Enterbten hinterlassen worden sind. Besonders aber ist hier zu erwägen, daß diejenigen Vermächtnisse, von denen in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. die Rede ist, nicht von dem im Testament eingesetzten Erben, sondern von dem Enterbten auszuzahlen sind, welcher den Prozeß gewonnen hat. Da nun, wenn das Testament, als pflichtwidrig rescindirt wird, nicht mehr der Erbe die Vermächtnisse auszahlen kann, so folgt daraus von selbst, daß der Enterbte durch Annehmung ei-

47) S. GAMBSJAEGER Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso. P. IV. §. 10. pag. 73. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 819. a. E. S. 234. Book Lehre von der Enterbung §. 24. S. 79. folg.

nes Legats aus den Händen des eingesetzten Erben, denselben auch noch jetzt nach der Nov. 115. als wahren Erben anerkannt habe. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten überein [48]).

Eine stillschweigende Anerkennung des Testaments geschieht auch

2) durch eine jede andere Handlung, welche der Enterbte gar nicht unternehmen konnte, ohne den Testamenterben als einen wahren Erben anzuerkennen. Dahin gehört, wenn er von dem Erben Sachen kauft, welche zur Erbschaft gehören, oder Erbschaftsgüter pachtet, oder dem Erben dasjenige bezahlt, was er dem Erblasser schuldig war, oder das von dem Erben fordert, was der Testirer dem Enterbten schuldig war [49]). Keinesweges aber wird der letzte Wille des Erblassers dadurch anerkannt, daß der Enterbte Erbe des in dem pflichtwidrigen Testament eingesetzten Miterben geworden ist. Hier kann die Inofficiositätsklage immer noch gegen den andern Miterben angestellt werden, wie Paulus [50]) sagt: Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso argere volo: non mihi nocebit: *maxime si eam portionem non possideam, vel iure suo possideam.* Daß hier von einem solchem Falle die Rede sey, wo mehr als ein Testaments.

48) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 32. *Franc.* ALEF Diss. de viribus legati ex testamento inofficioso acceptati. *Mich. God.* WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 15. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 230. und Westphal von Testamenten §. 1187.

49) *L. 23. §. 1. D. de inoff. testam.*

50) *L. 31. §. 2. D. h. t.*

mentserbe vorhanden war, setzen die Worte: maxime si *eam portionem* (nämlich den Theil der Erbschaft, welchen der verstorbene Testamentserbe aus dem pflichtwidrigen Testament erhalten hatte) non possideam, außer Zweifel, welche Pothier [51]) so versteht, daß vielleicht der verstorbene Erbe diesen Theil der Erbschaft noch bey seinem Leben veräußert hatte. Dies ist wohl allerdings richtiger, als wenn Westphal [52]) diese Worte von dem Theile der Erbschaft verstehen will, quam possidet alter coheres, gegen welchen der Enterbte klagen will. Allein die letzten Worte machen den Auslegern Schwierigkeit. Anton Faber [53]) hält sie für ein Emblem des Tribonian, er glaubt überdem, daß die Worte *iure suo* corrupt wären, und *pro suo* gelesen werden müsse. Allein ohne Grund, wie Ulrich Huber [54]) schon dagegen mit Recht erinnert hat. Huber versteht diese Worte so, wenn der Enterbte den Theil der Erbschaft, welchen der verstorbene Testamentserbe aus dem Testament erhalten hat, alio quam hereditario iure, z. B. vermöge eines Kaufs, besitzt. Hiermit stimmt auch Voet [55]) überein. Westphal [56]) stellt sich einen solchen Fall vor, wo der Enterbte des ernannten Erben Pupillarerbe geworden; und beruft sich auf die *Basilica* [57]) wo die

51) Pandect. Iustin. T. I. h. t. nr. XLVII. not. d. pag. 197.

52) Theorie des R. R. von Testamenten §. 1031. S. 766.

53) Rational. ad h. L. Pandectar.

54) Eunomia Rom. pag. 265.

55) Commentar. ad Pand. h. t. §. 34. a. E.

56) a. a. O.

57) Tom. V. lib. XXXIX. pag. 206.

ist ein Unterschied zu machen, ob der Enterbte die Querel bereits erhoben hatte, oder nicht. Im ersten Falle kann ihm die Annahme des Legats nicht präjudiciren; der Kläger nimmt dies auf Abschlag der ganzen Erbschaft, welche er abfordert. Denn gewinnt er, so bekommt er ohnedem alles, was der Legatar erhalten hat. Die Fortsetzung des Prozesses ist als eine Protestation anzusehen, daß sich der Enterbte hierdurch nichts in Ansehung seines Anspruchs vergeben wolle. In dem letztern Falle hingegen hält Ulpian die Annehmung des Legats für eine Anerkennung des Willens des Testirers, und der Enterbte kann nun das Testament nicht weiter anfechten.

Allein sollte diese Entscheidung nicht durch die Novelle 115. eine Abänderung erlitten haben?

Viele Rechtsgelehrte[46]) behaupten wirklich, daß nach der Nov. 115. die Annehmung eines Vermächtnisses die Inofficiositätsklage auf keinen Fall mehr ausschließe, weil nach der Vorschrift dieses Gesetzes die Vermächtnisse ihre Gültigkeit behielten, wenn gleich das Testament als pflichtwidrig rescindirt würde. Allein es ist zu unterscheiden, ob die Querel von Geschwistern oder von Kindern oder Eltern

vorhanden sey, hat Ulrich Huber in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 251. seq. sehr gründlich gezeigt. Das Gesetz selbst, welches freylich etwas dunkel ist, hat Westphal in der Lehre des R. R. von Testamenten §. 1082. sehr gut erklärt. Man vergleiche auch POTHIER Pandectae Iustin. T. I. h. t. Nr. XLV.

46) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIII. medit. 7. MADIHN Princip. iur. ROM. de Succession. §. 264. KOCH Meditat. ad SCHAUMBURGII Compendium Dig. Specim. 5. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. 1703. und MALBLANC Dig. Tom. III. §. 699.

tern angestellt wird. Im ersten Falle bleibt es ganz bey dem ältern Rechte. In dem andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob dem Erben selbst, oder bloß einem Legatar die Auszahlung des Vermächtnisses an den Enterbten von dem Testator anbefohlen worden ist. In dem letztern Falle halte ich dafür, daß die Annehmung eines Vermächtnisses aus den Händen des Legatars den Enterbten nach der Nov. 115. an der Anstellung der Inofficiositätsklage nicht hindere. Denn den Legatar kann der Kläger nach der Nov. 115. immerhin als einen solchen anerkennen, deswegen hat er noch nicht den Erben selbst, als solchen, anerkannt [47]). Allein in dem ersten Falle steht die Annehmung eines Vermächtnisses aus den Händen des Erben mit der Anstellung der Inofficiositätsklage im offenbaren Widerspruche. Dieser Widerspruch kann durch die Nov. 115. nicht gehoben werden. Denn Justinian redet daselbst von solchen Vermächtnissen, die einem Dritten auszuzahlen, nicht aber von solchen, welche dem Enterbten hinterlassen worden sind. Besonders aber ist hier zu erwägen, daß diejenigen Vermächtnisse, von denen in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. die Rede ist, nicht von dem im Testament eingesetzten Erben, sondern von dem Enterbten auszuzahlen sind, welcher den Prozeß gewonnen hat. Da nun, wenn das Testament, als pflichtwidrig rescindirt wird, nicht mehr der Erbe die Vermächtnisse auszahlen kann, so folgt daraus von selbst, daß der Enterbte durch Annehmung ei-

47) S. GAMBSJAEGER Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso. P. IV. §. 10. pag. 73. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 819. a. E. S. 234. Boot Lehre von der Enterbung §. 24. S. 79. folg.

nes Legats aus den Händen des eingesetzten Erben, denselben auch noch jetzt nach der Nov. 115. als wahren Erben anerkannt habe. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten überein [48]).

Eine stillschweigende Anerkennung des Testaments geschieht auch

2) durch eine jede andere Handlung, welche der Enterbte gar nicht unternehmen konnte, ohne den Testamentserben als einen wahren Erben anzuerkennen. Dahin gehört, wenn er von dem Erben Sachen kauft, welche zur Erbschaft gehören, oder Erbschaftsgüter pachtet, oder dem Erben dasjenige bezahlt, was er dem Erblasser schuldig war, oder das von dem Erben fordert, was der Testirer dem Enterbten schuldig war [49]). Keinesweges aber wird der letzte Wille des Erblassers dadurch anerkannt, daß der Enterbte Erbe des in dem pflichtwidrigen Testament eingesetzten Miterben geworden ist. Hier kann die Inofficiositätsklage immer noch gegen den andern Miterben angestellt werden, wie Paulus [50]) sagt: Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo: non mihi nocebit: *maxime si eam portionem non possideam, vel iure suo possideam.* Daß hier von einem solchem Falle die Rede sey, wo mehr als ein Testaments.

48) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 32. *Franc.* ALEF Diss. de viribus legati ex testamento inofficioso acceptati. *Mich. God.* WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 15. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 230. und Westphal von Testamenten §. 1187.

49) *L. 23. §. 1. D. de inoff. testam.*

50) *L. 31. §. 2. D. h. t.*

mentserbe vorhanden war, setzen die Worte: maxime si *eam portionem* (nämlich den Theil der Erbschaft, welchen der verstorbene Testamentserbe aus dem pflichtwidrigen Testament erhalten hatte) non possideam, außer Zweifel, welche Pothier [51]) so versteht, daß vielleicht der verstorbene Erbe diesen Theil der Erbschaft noch bey seinem Leben veräußert hatte. Dies ist wohl allerdings richtiger, als wenn Westphal [52]) diese Worte von dem Theile der Erbschaft verstehen will, quam possidet alter coheres, gegen welchen der Enterbte klagen will. Allein die letzten Worte machen den Auslegern Schwierigkeit. Anton Faber [53]) hält sie für ein Emblem des Tribonian, er glaubt überdem, daß die Worte *iure suo* corrupt wären, und *pro suo* gelesen werden müsse. Allein ohne Grund, wie Ulrich Huber [54]) schon dagegen mit Recht erinnert hat. Huber versteht diese Worte so, wenn der Enterbte den Theil der Erbschaft, welchen der verstorbene Testamentserbe aus dem Testament erhalten hat, alio quam hereditario iure, z. B. vermöge eines Kaufs, besitzt. Hiermit stimmt auch Voet [55]) überein. Westphal [56]) stellt sich einen solchen Fall vor, wo der Enterbte des ernannten Erben Pupillarerbe geworden; und beruft sich auf die *Basilica* [57]) wo die

51) Pandect. Iustin. T. I. h. t. nr. XLVII. not. d. pag. 197.

52) Theorie des R. R. von Testamenten §. 1031. S. 766.

53) Rational. ad h. L. Pandectar.

54) Eunomia Rom. pag. 265.

55) Commentar. ad Pand. h. t. §. 34. a. E.

56) a. a. O.

57) Tom. V. lib. XXXIX. pag. 206.

Worte so lauten: ἢ ἐξ ἰδίου μου δικαίου νέμομαι αὐτο, i. e. vel *proprio meo iure* eam possideam. Hier sey nun zwar der Enterbte des ernannten Erben Erbe. Er habe aber die Erbschaft nicht sowohl ihm zu verdanken, als vielmehr einem vom Vater desselben ertheilten Rechte. Allein die Worte: *suo iure* können hier wohl schwerlich soviel als meo iure heißen, sondern sie deuten, wie sie Jensius [58]) ganz richtig erklärt, auf das Recht des verstorbenen Testamentserben, dessen Erbe der Enterbte geworden ist; *suo iure* ist soviel als iure hereditario, wie Pothier [59]) sagt. Der Sinn gehet also dahin, wenn ich auch diesen Theil als Erbe des ernannten Erben besitze, so wird doch auch in diesem Falle die Querel gegründet seyn. Denn darin liegt noch keine Anerkennung des Testaments. Die Erbschaft, die mein Erblasser gethan hat, ist von der Erbschaft, welche ich thue, ganz verschieden, und letztere hat auf die erstere keinen Einfluß.

Die Querel findet ferner II) nicht Statt, wenn die Enterbung bona mente geschehen ist. Ich habe von dieser Enterbung schon an einem andern Orte (§. 551. S. 255. folgg.) ausführlich gehandelt. Sollte jedoch die Ursache, aus welcher sie geschehen ist, nachher wegfallen, z. B. der blödsinnige Sohn kommt wieder zu Verstande, oder der verschuldete Sohn hat sich mit den Gläubigern unterdessen verglichen, und seine Schulden bezahlt, so daß diese nun keine Forderungen mehr an ihn haben, so kann das Testament, wenn auf diesen Fall dem Sohn nicht wenigstens der Pflichttheil vermacht worden ist, nach der

Mei-

58) Stricturae ad Rom. iuris Pandect. pag. 34.

59) a. a. O.

Meinung mehrerer Rechtsgelehrten[60]) doch noch angefochten, oder wenigstens auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden. Ferner

III) fällt die Querela inofficiosi testamenti auch bey Soldatentestamenten weg, es sey nun das Testament entweder im Felde nach militärischen Rechte, oder von einem Filiusfamilias über das peculium castrense nach gemeinem Rechte errichtet worden[61]). Ein solches Testament kann nicht als pflichtwidrig angefochten werden, wenn gleich der ausgeschlossene Intestaterbe selbst Soldat wäre[62]). Ein gleiches Privilegium hat Justinian dem peculio quasi castrensi beygelegt, daß ein darüber errichtetes Testament mit der Querela inofficiosi auf keine Weise angefochten werden kann[63]). Dieses Privilegium gilt zwar bey einem filiofamilias in Rücksicht des peculii castrensis auch dann noch, wenn er schon seinen Abschied erhalten hat, es findet aber doch nur während der väterlichen Gewalt Statt[64]). Stirbt er also, nachdem er sui iuris

60) VOET in Comm. ad Dig. h. t. §. 22. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit cap. LXVII. §. 9. Book Lehre von der Enterbung §. 21.

61) *L. 9. L. 24. Cod. h. t. Luc. van de* POLL cap. LXVI. HOFACKER Princip. iuris. civ. Tom. II. §. 1706.

62) *L. 27. §. 2. D. h. t.*

63) *L. 37. §. 1. C. eodem.*

64) Ehemals stand zwar dem Veteran, auch während der väterlichen Gewalt, in Rücksicht des peculii castrensis kein Privilegium mehr zu, wie *Io. Fern. de* RETES Lib. V. Opusculor. cap. 3. nr. 18. (in *Thes. Meermann* T. VI. pag. 251.) gezeigt hat. Allein Justinian hat auch den filiisfam. veteranis dieses Privilegium gegeben, wenn sie über ihr peculium castrense testiren. *L. ult. C. h. t.*

geworden, so ist das Testament der Querel unterworffen, weil nun aller Begriff eines Pekuliums wegfällt[65]). Hat hingegen ein Soldat, der sui iuris war, ein militärisch Testament gemacht, und er stirbt nach erhaltenem Abschiede, so kommt es darauf an, ob er binnen einem Jahre nach dem Abschiede, oder später stirbt. In dem ersten Falle gilt das Testament, und es kann nicht als pflichtwidrig angefochten werden, wohl aber in dem letztern Falle[66]). Daß jedoch gegen das Testament eines patrisfamilias veterani, welches derselbe erst nach erhaltenem Abschiede gemacht hat, die Querel Statt finde, wenn er auch gleich über das im Kriegsdienste erworbene Vermögen testirt hätte, sagt Papinian[67]) ausdrücklich.

Mehrere Rechtsgelehrten[68]) wollen jedoch behaupten, daß nach der Nov. 115. Kap. 3. u. 4. den filiisfamilias wenig-

65) *L. 37. §. 2. C. h. t.* Sed hoc obtinere oportet, *donec in sacris parentum suorum constituti sunt hi*, qui quasi castrense peculium possident. Si enim *sui iuris* efficiuntur procul dubio est, eorum testamenta et pro ipsis rebus, quas antea *ex quasi castrensi peculio* habebant, posse *de inofficioso querelam sustinere*, cum neque nomen peculii permanet S. Westphal von Testamenten §. 784.

66) *L. 8. §. 4. D. h. t.* S. Westphal a. a. O. §. 783.

67) *L. 8. §. 3. D. h. t.*

68) VIGLIUS ZUICHEMUS Comm. ad pr. I. de milit. testam. *de* RETES c. 1. nr. 20. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. circa fin. T. II. *operum* pag. 174. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. LXVI. §. 7. seq. STRUV Syntagm. iuris civ. Exerc. X. th. 39. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 14. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 19. not. 5. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 458. Not. 2. verglichen mit §. 454. Not. 1.

wenigstens alsdann kein Privilegium mehr zukomme, wenn sie über ihr peculium castrense oder quasi castrense nach dem gemeinem Rechte testiren. In diesem Falle dürften sie diejenigen ohne eine rechtmäßige Ursache nicht exherediren, denen der Pflichttheil nach den Gesetzen gebührt, sonst könnte das Testament als pflichtwidrig angefochten werden. Nur bey dem eigentlichen militärischen Testamente, welches ein Soldat im Felde gemacht hat, behaupte das mehrgedachte Privilegium noch seine Gültigkeit. Diese Meinung hat nun zwar die Worte des 4. Kap. der 115. Novelle für sich, wo Justinian sagt: non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, *in quibus habent testandi licentiam*, eos omnino alienare. Denn da Kinder, welche sui iuris sind, über ihr Vermögen ohne Unterschied testiren können, so scheint hier der Kaiser an das peculium castrense oder quasi castrense gedacht haben. Allein hiermit läßt sich nicht füglich vereinigen, wenn Justinian in der Nov. 123. Kap. 19. den Söhnen, welche geistlichen Standes sind, in sofern sie über ihr peculium quasi castrense testiren, zur Pflicht macht, ihren Eltern den Pflichttheil zu hinterlassen. Nach jener Meinung wäre diese Verordnung ganz überflüßig gewesen. Da sich nun dieses nicht wohl behaupten läßt, so kann das, was Justinian in der Nov. 123. Kap. 19. verordnet hat, wohl nur für eine Ausnahme gehalten werden, welche das Privilegium in den nicht ausgenommenen Fällen als Regel um so mehr bestätiget, je bekannter es ist, daß Privilegien, welche in den ältern Gesetzen ertheilt worden, durch die allgemeine Verordnung eines neuern Gesetzes nicht aufgehoben werden, wenn es nicht ganz deutlich daraus zu ersehen ist, daß dieses

die Absicht des Gesetzgebers gewesen sey[69]). Diese Meinung hat auch die Auctorität mehrerer berühmter Rechtsgelehrten[70]) für sich.

IV. Wenn der Vater durch eine Pupillar, Substitution den Erben seines unmündigen Kindes bestimmt, so kann er die leibliche Mutter des Kindes ausschließen, ohne daß sie das Testament als pflichtwidrig anfechten kann. Ulpian[71]) setzt den Grund darin: *quia pater testamentum fecit.* Durch die Novelle 115. ist hierin nichts geändert, wie einige[72]) behaupten wollen. Denn es ist eine unrichtige Voraussetzung, daß Justinian durch diese Novelle ein neues Rechtsmittel eingeführt habe. Endlich

V) noch ein besonderer Grund, aus welchem bey der Prätertition der Geschwister die Querel wegfällt, ist gleiche Anrüchtigkeit des Klägers. Denn hier kann der

69) Man s. dieses Commentars ersten Theil §. 93. S. 514.

70) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 5. LAUTERBACH Colleg, theor. pract. Pandect. h. t. §. 28. HUNNIUS Variar. resolution. iuris. civ. lib. II. Tract. VII. Qu. 17. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1707. et not. d. MALBLANC Princip. iur. Rom. Tom. III. §. 699. nr. II. GAMBSJAEGER Diss. de testam. in Sp. inofficioso P. IV. §. 5. und besonders *Io. God.* BAUER Diss. de peculio quasi castrensi studiosorum. *Lipsiae 1726. §. 33.*

71) *L. 8. §. 5. D. h. t. Cap. 1. de testam. in 6to.* Siehe oben §. 543. im 6. Theil dieses Commentars S. 572.

72) S. SCHNEIDT Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule §. 33. Book Lehre von der Enterbung §. 24. S. 75. folg.

der Präterirte nicht sagen, daß ihm Unrecht geschehen sey[73]).

§. 561.

Die Querela inofficiosi testamenti ist eine wahre hereditatis petitio.

Um sich den Uebergang zur Lehre von der hereditatis petitione zu bahnen, bemerkt unser Verfasser noch zum Beschluß dieses Titels, daß die Inofficiositätsklage zu den Gattungen der Erbschaftsklage zu zählen sey, und was daher von dieser überhaupt gelte, auch bey jener Statt finde. Nun sind zwar hierin nicht alle Rechtsgelehrte einverstanden, indem viele[74]) die Querel nur für ein vorbereitendes Rechtsmittel halten wollen, mit welchem bloß die Rescission des pflichtwidrigen Testaments gefordert werden könne; die Herausgabe der Erbschaft selbst aber nächstdem erst noch durch die hereditatis petitio bewirkt werden müsse. Allein daß die Querel des pflichtwidrigen Testaments eine wahre und zwar qualificirte Erbschaftsklage sey, ist schon an einem andern Orte (S. 360.) gezeigt worden[75]). Die Gründe der entgegen gesetzten Meinung hat auch

73) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. VI. cap. 15. pag. 243. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien IV. Band Medit. 219. und andere mehr, welche ich an einem andern Orte dieses Commentars 5. Th. §. 384. Not. 2. S. 206. angeführt habe.

74) Man sehe hier §. 552. S. 361. Not. 3. dieses 7. Theils. Diesen ist noch beyzufügen HUNNIUS variar. resolution. iuris civ. lib. II. Tract. VII. Quaest. 18.

75) Man vergleiche auch *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 8. nr. 4. et 5.

auch schon Just. Henning Böhmer [76]) so ausführlich und gründlich widerlegt, daß man sich billig wundern muß, wie dennoch auch unter den neuern Rechtsgelehrten jene Meinung noch so viele Anhänger hat finden können.

76) Diss. de querela inoff. testam. fratrum consangnineorum §. 9 — 12.

Lib. V. Tit. III.

De hereditatis petitione.

§. 562.

Begriff und verschiedene Arten der Erbschaftsklage. Beweis des Todes. Succession in das Vermögen eines Verschollenen.

Die Rechtsmittel, welche wegen eines zuständigen Erbrechts gebraucht werden können, sind von verschiedener Art[77]). Es wird entweder das Erbrecht des Klägers in Streit gezogen, oder es wird von dem Beklagten anerkannt, und daher blos auf persönliche Leistungen geklagt, welche die Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft betreffen. Im letzten Falle wird die *actio familiae erciscundae*, die Erbtheilungsklage, gebraucht. Davon lib. X. Tit. 2. ein Mehreres. In dem ersten Falle kann die Klage entweder eine petitorische oder eine possessorische seyn, je nachdem entweder auf das Erbrecht selbst, oder blos auf den Besitz der Erbschaft geklagt wird. Die petitorische Klage, wodurch man sein Erbrecht, als ein dingliches

77) S. Ernst Christ. Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente ꝛc. den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig 1790. 5 Th. S. 195. ff. *Barthol. Leonh.* SUENDENDOERFER Tr. theor. pract. de actionibus sucessoriis. *Lipsiae* et *Francof. 1695. 1703. 1712.* 4. und *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionibus. §. 256. seqq. pag. 334. seqq.

liches Recht, verfolgen kann, ist die *hereditatis petitio*, oder die Erbschaftsklage, oder Erbrechtsklage. Das possessorische Rechtsmittel hingegen, wodurch man, wenn man sein Erbrecht nur einigermassen bescheiniget, den Besitz der Erbschaft ohne alle Weitläuftigkeit erhalten kann, ist das *Interdictum quorum bonorum*; (Lib. XLII. Tit. 2.) und wenn es der Testamentserbe gebraucht, falls das Testament keinen sichtbaren Fehler hat, *Remedium ex L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo.* (§. 1844.)

Die petitorische Erbschaftsklage oder *hereditatis petitio* ist also diejenige dingliche Klage, welche unmittelbar aus dem Erbrechte entspringt, und auf Anerkennung desselben wider einen solchen Beklagten angestellet wird, welcher die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt, und zwar zu dem Ende, daß der Beklagte verurtheilt werde, die Erbschaft nach der Beschaffenheit des geklagten Erbrechts entweder ganz oder zum Theil dem Kläger mit allem, was dazu gehört (cum omni causa) herauszugeben.

Diese hereditatis petitio wird nun entweder zugleich auf die Aufhebung eines dem Kläger entgegenstehenden Testaments gerichtet, oder sie geht blos auf Anerkennung des dem Kläger zuständigen Erbrechts. In jenem Falle nennt man sie *qualificata*, eine solche ist die Inofficiositäts-klage, von welcher in dem vorigen Titel gehandelt worden ist. In diesem hereditatis petitio *simplex*.

Gründet sich der Kläger auf ein alleiniges Erbrecht, so heißt sie *universalis* oder *totalis*; ist er hingegen nur zum Theil Erbe, so wird sie hereditatis petitio *partiaria*, oder *actio*, *si pars hereditatis petatur* genannt, von dieser ad Tit. 4.

In

In Absicht auf den Kläger heißt sie bald *hereditatis petitio* schlechthin, wenn sie von einem directen Civilerben angestellet wird, bald bekommt sie den Beynamen *possessoria*, wenn sie der prätorische Erbe anstellt, (vid. Tit. 5.) bald *fideicommissaria*, wenn sie von dem angestellet wird, dem die Erbschaft als ein Fideicommiß ist restituirt worden, von welcher ad Tit. 6. ein Mehreres vorkommen wird.

Eine Erbschaftsklage sey nun übrigens, von welcher Art sie wolle, so ist sie nicht eher denkbar, als wenn derjenige tod ist, dessen Nachlaß von dem Kläger in Anspruch genommen wird. Denn es ist eine bekannte Rechtsregel: hereditas viventis non datur. Da dieses zum Grunde der Klage gehört, so muß der Kläger den Tod des Erblassers, insofern er nicht notorisch ist, erweisen. Dieser Beweis kann entweder durch Zeugen geführt werden, welche von dem Tode des Erblassers gewisse Wissenschaft haben [78]); und zwar wird dazu die eidliche Aussage zweyer unverwerflicher Zeugen erfordert [79]); oder durch Attestate der Obrigkeit, oder des Pfarres, in dessen Parochie der Erblasser verstorben ist, oder sonst durch einen beglaubten Todtenschein [80]). Ein blosses Gerücht ist nicht hinreichend, auch keine bloße Zeitungsnachricht [81]).

Im

78) STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 66. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCV.

79) LEYSER c. l. medit. 11 — 14. Ein Zeuge ist zum Beweis des Todes nicht hinreichend. Einer andern Meinung ist zwar MÜLLER ad Struvium cit. loc. not. α. Allein man sehe LEYSER cit. Specim. medit. 15. et 16. Zeugen, welche blos de auditu deponiren, sind unzulässig. MEVIUS Part. V. Decis. 34.

80) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1681.

81) LEYSER cit. Specim. medit. 19.

Im Zweifel kann also nicht vermuthet werden, daß ein Mensch gestorben sey, sondern man vermuthet vielmehr, daß er noch lebe, bis desselben Tod erwiesen ist. Nur den Fall nimmt die Praxis aus, wenn Jemand abwesend ist, von dessen Leben und Aufenthalt man nichts weiter erfahren kann, aber erwiesen ist, daß nun der Verschollene das siebenzigste Jahr vollendet hat. In diesem Falle wird der Abwesende nach rechtlicher Vermuthung für tod gehalten. Nach der Analogie des römischen Rechts sollte eigentlich ein Alter von hundert Jahren angenommen werden [82]), wie auch mehrere Rechtsgelehrten [83]) behaupten. Allein der Gerichtsgebrauch nimmt das gewöhnliche Ziel des menschlichen Lebens zum Maasstabe an [84]).

Wäre Jemand erst seit seinem siebenzigsten Jahre abwesend, und er läßt nachher nichts weiter von sich hören, so meint Hommel [85]), man müsse wenigstens in diesem Falle das hunderte Jahr abwarten, weil dies für das höchste Ziel des menschlichen Alters gehalten wird [86]).

Allein

82) *L. 56. D. de Usufr. L. fin. C. de SS. Eccles.*

83) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. V. Tit. 40. def. 4. VOET Comm. ad. Pand. Lib. XXXVIII. Tit. 17. §. 16. in fin.

84) LEYSER Specim. XCVI. medit 5. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Abth. Resp. 176. nr. 19. Gmelins und Elsässers gemeinnützige juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Band. Nr. X. §. 121.

85) Diss. Septuagenarius absens, quando mortuus praesumatur. §. 10. 11.

86) *L. 56. D. de Usufr.* Sirach Kap. 18. v. 8.

Allein richtiger wird von andern [87]) nach der Analogie der *L.* 68. *D ad Legem Falcid.* nur noch eine Lebensdauer von fünf Jahren angenommen, welches auch mit den gewöhnlichen Sterbelisten besser übereinstimmt [88]). Ist Jemand erst im achtzigsten Jahre verschollen, so pflegt ihm nur noch die Hälfte mit zwey und ein halb Jahren beygelegt zu werden [89]). Weis man nicht, wie alt der Verschollene war, so muß blos aus den Umständen, nämlich aus der Länge der Zeit, da er abwesend ist, aus der Beschaffenheit seiner körperlichen Gesundheit, aus den Umständen der Zeit, da er auswanderte, und des Orts, wohin er reisen wollte, durch Muthmaßungen bestimmt werden, ob er für tod zu halten sey [90]). Dahingegen braucht man auch zuweilen nicht einmal abzuwarten, daß der Verschollene erst siebenzig Jahre alt sey, wenn aus den besondern in facto erwiesenen Umständen sehr starke Vermuthungen des Todes eintreten [91]).

Wenn

87) KOCH Diss. Utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc; EIUS Tract. *de Success. ab int. civ.* adject. Auct. II. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1682. not. e. MALBLANC hingegen in Princip. iur. Rom. P. II. h. t. §. 376. nimmt ein Alter von 80 Jahren an.

88) Man vergleiche hier *Frid. Aug.* SCHMELZER Commentat. I. de probabilitate vitae eiusque usu for. *Goett. 1787.* 8. Sect. II.

89) S. Gmelin und Elsässers angef. juriſt Beobachtungen 4. Band. Nr. XI. §. 127. Not. p. S. 176. folg.

90) *Christ. Frid. Imm.* SCHORCH Meditat. in quibus praecipua capita doctrinae de cura bonorum absentis examinantur *Lipsi. et Francof.* 1761. §. 8.

91) *Leyser* Specim. XCVI. medit. 6. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. B. Resp. 176. Nr. 20.

Wenn nun die Frage entsteht, wer den Verschollenen beerbt, so sollte man kaum glauben, daß die Entscheidung: nur der sey des Abwesenden rechter Erbe, welchem jetzt, da derselbe nach rechtlicher Vermuthung für tod erklärt worden, die Erbschaft deferirt ist, einigem Zweifel unterworffen seyn könne. Denn nach dem §. 6. *I. de legit. agnat. succeſſ.* soll die Nähe der Verwandschaft nach dem Zeitpunct beurtheilt werden, quo mortuus est is, cuius de hereditate quaeritur. Da man nun bey einem Verschollenen nicht weis, wenn er gestorben ist, so muß nothwendig derjenige Zeitpunct nach rechtlicher Vermuthung für die Zeit des Todes angenommen werden, da er für tod erklärt worden ist, und also derjenige ihn beerben, der jetzt sein nächster Verwandte ist. Denn eben darum nimmt man ja bey einem Verschollenen ein Alter von 70 Jahren an, um einen festen Zeitpunct zu haben, nach welchem sich die Intestaterbfolge desselben richten solle. Dieß behaupten auch die mehresten Rechtsgelehrten [92]). Allein Hellfeld, und mit ihm viele Andere [93]) sind dennoch anderer Mei-

92) S. KOCH cit. Diss. pag. 227. sqq. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. 6. not. r. pag. 191. HOFACKER c. l. §. 1682. not. f. MALBLANC Princip. iur. Rom. h. t. §. 376. a. E. THIBAUT System des Pand. Rechts 1. Band §. 532. a. E. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. I. Fasc. 2. Obs. 241. Claproth Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse. §. 224. Man sehe auch meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 2.

93) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. III. Tit. 25. def. 5. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XV. Th. 71—77. WERNHER Observat. for. Tom. III. P. III. Obs. 48. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 84. §. 5. *Christph. Lud.* CRELL in Diss.

Meinung, und glauben, daß man für die Zeit des Todes bey einem Verschollenen denjenigen Zeitpunct annehmen müsse, da keine Nachricht mehr von ihm eingelaufen ist. Sie wollen daher die Erbschaft desselben vielmehr demjenigen zuerkannt wissen, dem um diese Zeit die Administration seiner Güter als nächstem Verwandten übertragen worden ist. Denn diese Curatel sey keine bloße Güterverwaltung, sondern vielmehr eine anticipirte Besitznehmung der Erbschaft, eine bedingte Succession. Daher stehe diese Curatel nur dem nächsten Verwandten zu, ohne Unterschied, er sey zur Verwaltung fähig oder nicht, und gehe auch auf desselben Intestaterben über. Wenn nun gleich der Abwesende erst nach zurückgelegtem siebenzigsten Jahre für tod erklärt werden könne, so sey doch dies nicht so zu verstehen, als ob er jetzt erst gestorben sey, sondern der Ablauf dieses Termins gewähre nunmehr eine rechtliche Gewißheit dessen, was bis dahin noch zweifelhaft war, nämlich daß der Verschollene gleich Anfangs, als ihm ein Curator gesetzt wurde, mit Recht für tod gehalten worden sey. Unser Zellfeld nimmt noch ein Argument von der Fiction des Cornelischen Gesetzes her, vermöge welcher bey römischen Bürgern, welche in feindliche Gefangenschaft gerathen, und darin verstorben waren, die Zeit des wirklich erfolgten Todes auf den Zeitpunct zurückgerechnet wurde, da der Verstorbene gefangen worden [94]). Allein die Schwäche

Diff. Quando curator absentis heredes aeque propinquos a successione excludat? *Vitembergae 1737.* *Jo. Frid.* WAHL Progr. Cui necessitas probandi in petitione hereditatis absentis incumbat? *Goett.* 1751.

94) *L. 10. D. de captivis.*

dieser Gründe ist schon von Herrn Kanzler Koch so einleuchtend gezeigt worden, daß eine weitere Widerlegung ganz überflüßig ist. Genug, so lange der Abwesende noch nicht für todt erklärt werden kann, muß man nach rechtlicher Vermuthung annehmen, daß er noch lebe. Wie kann also hier eine Erbfolge nach rechtlichen Begriffen anticipirt werden, da die Gesetze [95]) so deutlich lehren, *hereditatem eius acquiri non posse, cuius vita dubia et incerta est?* Noch weniger läßt sich hier von einer Fiction Gebrauch machen, die blos zu Gunsten der Kriegsgefangenen war eingeführt worden, um deren Testamente bey Kräften zu erhalten, da hier von keiner Fiction sondern bloß von einer Präsumtion die Rede ist, auch hier die Zeit des wirklichen Todes ungewiß ist, die bey der Fiction des Cornelischen Gesetzes gewiß war.

§. 563.

Wer stellt die Erbschaftsklage an? Beweis der Zuständigkeit des Erbrechts.

Wer die petitorische Erbschaftsklage anstellen will, muß Erbe des Verstorbenen seyn, er mag nun sein Erbrecht aus einem Testamente, oder aus einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze, oder, welches heut zu Tage der Fall seyn kann, aus einem Erbvertrage herleiten, er mag Civil- oder Prätorischer-Erbe seyn [96]). Hat der Kläger ein dop-

peltes

95) *L. 4. C. de postlim. reversis.* Mit Recht verwerfen daher die anticipirte Succession HOFACKER Princip. iur civ. T. I. §. 707. und Claproth in der Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse §. 222. not. c. S. 307.

96) *L. 1. 2. 3. D. h. t.*

peltes Erbrecht für sich, so kann er, wenn er zuerst aus dem Testamente klagte, aber wegen der Ungültigkeit desselben den Prozeß verlor, noch immer als Intestaterbe seine Rechte ausführen[97]). Es ist übrigens gleichviel, ob das Erbrecht dem Kläger unmittelbar selbst deferirt ist, oder ob es einem andern zusteht, von dem das Recht auf dem Kläger übergieng. Denn auch der Erbe des Erben kann sich der Erbschaftsklage bedienen. Es muß nur der wahre Erbe, in sofern er kein suus heres ist, sich schon vor seinem Tode zur Erbschaft wirklich erklärt haben[98]). Denn ist er vor der Antretung gestorben, so hat er sein Erbrecht auf seine Erben nicht transmittirt, wenn nicht ein solcher Fall vorhanden ist, da eine auch noch nicht angetretene Erbschaft transmittirt wird[99]). Utiliter, d. i. der Billigkeit wegen, wird die Erbschaftsklage auch dem gestattet, welchem der wahre Erbe sein Recht verkauft oder sonst abgetreten und übertragen hat, weil dieser die Stelle des Erben vertritt[100]).

97) *L. 8. D. h. t.* Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

98) PAULUS *Sentent. recept.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 4. sagt zwar Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur. Allein die besondere Erklärung des Erben, daß er die Klage anstellen wolle, ist nur bey der Inofficiositäẗsklage erforderlich, *L. 6. §. ult. D. de inoff. testam.* Eine simple Erbschaftsklage geht also auf die Erben über, wenn nur der Erbe die Erbschaft noch bei seinem Leben angetreten hat, wie auch Cujaz über diese Stelle bey SCHULTING in *Jurisprud. Antej.* pag. 250. not. 8. bemerkt hat.

99) *L. un §. 5. Cod. de caduc. tollend.*

100) *L. 54. D. h. t. L. 2. §. 18. D. de heredit. vel act. vend.*

Wird die Erbschaft einem filiofamilias deferirt, so stellt der Vater die Erbschaftsklage an, wenn der Haussohn, in sofern er die Jahre der Kindheit bereits überschritten, die Erbschaft auf Befehl des Vaters angetreten hat [1]). Es wird jedoch zur Anstellung der Klage die Einwilligung des Sohns erfordert, wenn er gegenwärtig und nicht mehr unmündig ist [2]). Hätte indessen der Haussohn die ihm angefallene Erbschaft ohne Zustimmung des Vaters angetreten, welches ihm nach dem neuern Rechte [3]) verstattet ist, wenn der Vater seine Einwilligung verweigert; so kann der Sohn nun selbst die Erbschaftsklage anstellen, und der Vater darf ihm hierzu seine Einwilligung nicht versagen, sondern kann vielmehr im Verweigerungsfalle dazu vom Richter angehalten werden, *ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere*, wie Justinian [4]) sagt. Noch etwas besonders ist in dem Falle zu bemerken, wenn einem Wahnsinnigen, der kein suus heres ist, eine Erbschaft aus einem Testamente, oder nach dem Gesetze zufällt. Hier kann zwar weder der Curator desselben noch der Vater, wenn der blödsinnige Haussohn die Jahre der Kindheit schon überschritten hat [5]), die Erbschaft antreten [6]), sondern sie können blos

um

1) Denn nach der *L. 18. C. de iure delib.* kann der Vater Namens eines noch in der Kindheit stehenden Haussohns die Erbschaft selbst antreten.

2) *L. 8. §. 3. Cod. de bonis quae lib.* *Aem. Lud.* HOMBERGK zu Bach Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. §. 2. 3. 4. et 8.

3) *L. 8. pr. Cod. eodem.*

4) *L. 8. in fin. princ. cit.*

5) *L. 18. pr. C. de iure delib.*

6) *L. 90. pr. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 54. D. de acquir. rer. dom.*

um eine interimistische Bonorum possessio für ihn nachsuchen [7]). Dadurch wird aber die Erbschaft dem Wahnsinnigen nicht acquirirt, sondern der Curator oder Vater erhält dadurch nur die Administration der Erbschaft gegen Cautionsleistung, und kann auch, wenn der Curand selbst kein hinlängliches Vermögen besitzt, die zum Unterhalt desselben nöthigen Kosten aus der Erbschaft bestreiten [8]). Die Erbschaft fällt aber, wenn der Curand im Wahnsinn stirbt, an die zurück, die sie bekommen hätten, wenn der Blödsinnige nicht da gewesen wäre, es sey der Substitut, oder Miterbe, oder der Intestaterbe des Erblassers, welcher nämlich jetzt zur Zeit des Todes des Wahnsinnigen der nächste ist, oder der auf den Wahnsinnigen, wenn diesem ab intestato die Erbschaft zugefallen war, jetzt folgende Intestaterbe desselben [9]). Es entsteht nun die Frage, ob der Curator in diesem Falle die Erbschaftsklage anstellen könne, wenn die Erbschaft ein Dritter besitzt, der sich solche anmaßt? Ich erinnere mich nicht, daß Jemand auf diese Frage gefallen wäre. Ich trage indessen kein Bedenken, dieselbe zu bejahen. Denn wird gleich durch die Bonorum possessio provisionalis, um welche der Curator für den Blödsinnigen bitten kann, demselben die Erbschaft nicht unwiderruflich acquirirt, so ist sie doch in Rücksicht eines jeden

7) *L. 7. §. 3. C. de curatore furiosi.*

8) *L. 51. pr. D. h. t.*

9) *L. 51. cit. L. 7. §. 8. C. de curat. furios.* Vergleiche über dieses Gesetz *Jo. Christph.* PESLER Diss. de successione ad furiosum devoluta. *Traj. ad Viadr.* 1750. *Gust. Bernh.* BECMANN Diss. de acquisitione hereditatis dementi delatae. *Goettingae* 1772. und Kochs Bonorum possessio §. 7.

Wird die Erbschaft einem filiofamilias deferirt, so stellt der Vater die Erbschaftsklage an, wenn der Hausſohn, in sofern er die Jahre der Kindheit bereits überschritten, die Erbschaft auf Befehl des Vaters angetreten hat [1]). Es wird jedoch zur Anstellung der Klage die Einwilligung des Sohns erfordert, wenn er gegenwärtig und nicht mehr unmündig ist [2]). Hätte indessen der Hausſohn die ihm angefallene Erbschaft ohne Zustimmung des Vaters angetreten, welches ihm nach dem neuern Rechte [3]) verstattet ist, wenn der Vater seine Einwilligung verweigert; so kann der Sohn nun selbst die Erbschaftsklage anstellen, und der Vater darf ihm hierzu seine Einwilligung nicht versagen, sondern kann vielmehr im Verweigerungsfalle dazu vom Richter angehalten werden, *ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere*, wie Justinian [4]) sagt. Noch etwas besonders ist in dem Falle zu bemerken, wenn einem Wahnsinnigen, der kein suus heres ist, eine Erbschaft aus einem Testamente, oder nach dem Gesetze zufällt. Hier kann zwar weder der Curator desselben noch der Vater, wenn der blödsinnige Hausſohn die Jahre der Kindheit schon überschritten hat [5]), die Erbschaft antreten [6]), sondern sie können blos

um

1) Denn nach der *L. 18. C. de iure delib.* kann der Vater Namens eines noch in der Kindheit stehenden Hausſohns die Erbschaft selbst antreten.

2) *L. 8. §. 3. Cod. de bonis quae lib.* *Aem. Lud.* HOMBERGK zu Bach Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. §. 2. 3. 4. et 8.

3) *L. 8. pr. Cod. eodem.*

4) *L. 8. in fin. princ. cit.*

5) *L. 18. pr. C. de iure delib.*

6) *L. 90. pr. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 54. D. de acquir. rer. dom.*

um eine interimistische Bonorum possessio für ihn nachsuchen [7]). Dadurch wird aber die Erbschaft dem Wahnsinnigen nicht acquirirt, sondern der Curator oder Vater erhält dadurch nur die Administration der Erbschaft gegen Cautionsleistung, und kann auch, wenn der Curand selbst kein hinlängliches Vermögen besitzt, die zum Unterhalt desselben nöthigen Kosten aus der Erbschaft bestreiten [8]). Die Erbschaft fällt aber, wenn der Curand im Wahnsinn stirbt, an die zurück, die sie bekommen hätten, wenn der Blödsinnige nicht da gewesen wäre, es sey der Substitut, oder Miterbe, oder der Intestaterbe des Erblassers, welcher nämlich jetzt zur Zeit des Todes des Wahnsinnigen der nächste ist, oder der auf den Wahnsinnigen, wenn diesem ab intestato die Erbschaft zugefallen war, jetzt folgende Intestaterbe desselben [9]). Es entsteht nun die Frage, ob der Curator in diesem Falle die Erbschaftsklage anstellen könne, wenn die Erbschaft ein Dritter besitzt, der sich solche anmaßt? Ich erinnere mich nicht, daß Jemand auf diese Frage gefallen wäre. Ich trage indessen kein Bedenken, dieselbe zu bejahen. Denn wird gleich durch die Bonorum possessio provisionalis, um welche der Curator für den Blödsinnigen bitten kann, demselben die Erbschaft nicht unwiderruflich acquirirt, so ist sie doch in Rücksicht eines jeden

7) *L. 7. §. 3. C. de curatore furiosi.*

8) *L. 51. pr. D. h. t.*

9) *L. 51. cit. L. 7. §. 8. C. de curat. furiosi.* Vergleiche über dieses Gesetz *Jo. Christph.* PESLER Diss. de successione ad furiosum devoluta. *Traj. ad Viadr.* 1750. *Gust. Bernh.* BECMANN Diss. de acquisitione hereditatis dementi delatae. *Goettingae* 1772. und Kochs Bonorum possessio §. 7.

Dritten so gut, wie eine Erbantretung, anzusehen. Denn so können die Legatarien ihre Legate von dem Curator fordern, obgleich freylich nur gegen Caution, daß sie das Empfangene auf den Fall, daß der Blödsinnige nicht zu Verstande kommt, wieder zurück geben wollen [10]). Ja, wenn der Blödsinnige mit einem Universalfideicommiß beschwert ist, so kann der Curator nach einem Dekret des Krs. Pius die Erbschaft dem Fideicommissar mit der Wirkung restituiren, daß die Erbschaftsklagen auf ihn übergehen [11]). Es ist also wohl keinem Zweifel unterworfen, daß sie auch dem Curator zustehen mußten [12]); und da jene Bonorum possessio provisionalis überhaupt zu Gunsten des Blödsinnigen ist eingeführt worden, um ihm die Erbschaft, und auf den Fall, da er seinen Verstand wieder bekommen sollte, die Freyheit zu erhalten, die Erbschaft entweder selbst noch antreten, oder solche ausschlagen zu können, so ist es dem Zweck dieser Bonorum possessio vollkommen gemäß, daß der Curator auch die Erbschaftsklage für den Blödsinnigen müsse anstellen können. Ein gleiches verordnen die Gesetze auch in andern Fällen einer erhaltenen bonorum possessio decretalis, z. B. bey der Carbonianischen [13]), ferner bey derjenigen, welche ventris nomine verfügt worden, wo auch der Curator die Erbschaftsklagen anstellen kann [14]).

Der

10) *L. 48. §. 1. D. de legat. II.* S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen 1. Theil §. 696.

11) *L. 35. D. ad SCtum Trebellian.* Westphal a. a. O. 2. Th. §. 1593.

12) *Jo. Christph.* PESLER Progr. de herede fiduciario furioso. *Francof. ad Viadr.* 1750. pag. 10. u. BECMANN cit. Diss. §. 35.

13) *L. 5. §. 1. D. de Carbon. edicto.*

14) *L. 1. §. 21. L. 5. §. 1. D. de ventre in possess. mittendo.*

Der Grund der Klage ist nun Zuständigkeit des Erbrechts. Dieser Grund muß also von dem Kläger erwiesen werden. Der Kläger gründet nun die Klage entweder auf ein Testament, oder auf einen Erbvertrag, oder auf ein gesetzliches Erbrecht.

I. Wenn der Kläger die Erbschaftsklage auf ein Testament gründet, so ist das Testament entweder ein öffentliches, oder ein Privattestament.

a) Bey öffentlichen Testamenten wird die Beybringung der obrigkeitlichen Beglaubigung erfordert, also eine beglaubte Kopie des gerichtlichen Testaments.

b) Bey Privattestamenten hingegen wird der Beweis des Grundes der Klage,

1) wenn das Testament ein schriftliches ist, durch Production des Testaments geführt, und zwar muß die Richtigkeit der Unterschrift der Zeugen und ihrer Siegel erwiesen werden. Dies geschieht entweder durch die eigene Recognition der Zeugen, oder wenn einige nicht mehr am Leben seyn sollten, durch die Recognition der übrigen Zeugen, oder auch im Falle der Noth durch Schriftvergleichung [15]).

15) *L. 4. — 7. D. Testam. quemadm. aperiant. L. 20. C. de fide instrum. Nov. LXXIII. cap. 7.* S. meine Diss. de testamenti privati solemnis probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos instituenda. §. 7. in *Opusc. iurid.* Fascic. I. Nr. I. pag. 58. seqq. Ein Auszug von dieser Dissertation findet sich in MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum*. T. III. Fasc. II. Obs. 627.

2) Wenn hingegen das Testament ein mündliches ist, so ist die Existenz desselben, wofern keine beweisfähige Urkunde darüber vorhanden ist, durch die Aussage der sämmtlichen Testamentszeugen darzuthun [16]). Denn daß die Testamentszeugen nicht blos wegen der Feyerlichkeit der Handlung, sondern vorzüglich auch des künftigen Beweises wegen erfordert werden, läßt sich auf keine Weise bezweifeln [17]). Justinian [18]) sagt ausdrücklich: *Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat: ut per ampliores homines* PERFECTISSIMA VERITAS *reveletur.* Nun kann die Frage von dem Beweis des Testaments nicht eher entstehen, als wenn derjenige todt ist, den man beerben will. Denn so lange der Testirer lebt, ist ein Streit, ob ein Testament existire, gar nicht denkbar. Es würde also eine ganz zwecklose Subtilität seyn, wenn blos

16) Ich glaube dieses in meiner angeführten Dissertation §. 6. seqq. und besonders §. 9. et 10. hinlänglich bewiesen zu haben. Schon vor mir hat dieselbe Meinung auch *Christ. Ferd.* HARPPRECHT in Diss. de eo, quod iustum est circa probationem tabulis testamenti amissis *Tubingae 1752.* Sect. III. §. 14. sehr gründlich bewiesen, von dessen Schrift ich jedoch bey meiner Dissertation aus Mangel derselben keinen Gebrauch machen konnte. Ich habe sie überhaupt nirgends angeführt gefunden. Unter den neuern sind meiner Meinung beygetreten HOFACKER in Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1683. MALBLANC in Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestor. Tom. II. §. 376. not. f. pag. 75. seqq. und THIBAUT im System des Pandectenrechts 2. Band. §. 740. S. 163.

17) S. meine Diss. §. 3.

18) *L. 32. Cod. de fideicomm.*

blos zu der Zeit, da das Testament errichtet wird, die Zahl der Zeugen erforderlich wäre, da bey Lebzeiten des Testirers das Testament noch gar keinen Effect hat, sondern zu aller Zeit wiederrufen werden kann. Es ist daher eine in die Augen leuchtende unrichtige Idee vieler Practiker [19]) welche

19) STRYK de cautelis testamentor. Cap. XV. §. 43. BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 4. Th. 3. not. 5. LEYSER Specim. CCCLV. medit. 4. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 141. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XVI. BOEHMER in iure Dig. lib. XXVIII. Tit. 1. §. 35. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. pag. 305. Dieser Meinung giebt auch Hellfeld seinen Beyfall, vid. §. 1413. und §. 1417. und Herr Regierungsrath Semler zu Magdeburg hat sie in seiner Abhandlung über die Frage: In wiefern kann ein nach dem Tode des Erblassers nicht mehr vorhandenes Testament durch den noch möglichen Beweis seines wesentlichen Inhalts seine ursprünglich gehabte verbindliche Kraft behalten? in dem Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeben von Theod. Hagemann und Christ. Aug. Günther 2. Theil Nr. V. §. 3. S. 88. ff. aufs neue in Schutz genommen, nachdem ich sie hinlänglich widerlegt zu haben glaubte. Allein seine Gründe sind keine andere, als welche von mir schon sämmtlich widerlegt worden sind. Man vergleiche meine Dissertation selbst §. 10. Nur die Erklärung, welche von den Worten der *L. 32. C. de fideicomm.* die oben in dem Text von mir angeführt worden sind, gemacht wird, möchte allenfalls neu scheinen, denn ich erinnere mich nicht, sie bey irgend einem Rechtsgelehrten gefunden zu haben: nämlich „daß die Gesetze nur hauptsächlich aus Besorgniß, daß zwey Personen eher und leichter, als 7. vor dem Testirer mit Tode abgehen möchten, (ne quid *falsitatis* incurrat per duos forte testes compositum testa-

che behaupten, daß nur zur Feyerlichkeit der Errichtung eines Testaments sieben Zeugen nöthig wären, der Beweis der Existenz desselben aber durch zwey Zeugen geführt werden könne. Wie wird hier die gute Absicht des Gesetzgebers erreicht, welcher, um alle Collusion und Betrügerey zu verhüten, die bey Testamenten nur gar zu leicht möglich seyn würde, wenn ein Beweis durch zwey Zeugen hinreichend wäre, mehr als die sonst gewöhnliche Zahl der Beweiszeugen erfordert? Die ganze Glaubwürdigkeit eines mündlichen Testaments hängt also von der eidlichen Aussage der sieben Testamentszeugen ab, so wie ein schriftliches Testament von der Aechtheit der Unterschriften und Siegel der Zeugen, vor welchen es errichtet worden ist, abhängt, und dadurch bewiesen wird. Hat nun aber auch nur ein einziger Zeuge das Testament nicht unterschrieben, und untersiegelt, so gilt das Testament nicht. Nach dieser Analogie kann also auch ein nuncupatives Testament keine Gültigkeit haben, wenn auch nur ein einziger Zeuge fehlt. Denn die Unterschriften der Zeugen sind nichts anders, als schriftliche Depositionen, wie sie auch in den Gesetzen [20]) ausdrücklich genennt werden. Da nun bey einem nuncupativen

testamentum) sämmtliche sieben Zeugen mit einer gleichmäßigen anschauenden, zur Verbreitung der Wahrheit nach dem Tode des Testirers diensamen Wissenschaft und Kenntniß von dem, was bey der ersten Einrichtung des Testaments geschehen, um deshalb ausgerüstet wissen wollen, damit es für die Zukunft auf den möglichen Fall des Absterbens eines oder des andern aus ihnen an zwey Personen nicht ganz fehlen möge, welche das Daseyn und den Inhalt des zu beweisenden und mündlichen Testaments gleich vollkommen bekunden könnten!"

20) *L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo.*

ven Testamente die Zeugen nicht eben so, wie bey einem schriftlichen, schon bey der Errichtung desselben, ein Zeugniß durch die Unterschrift ablegen, so werden folglich ex natura correlatorum sämmtliche Testamentszeugen zum vollständigen Beweis vorzüglich zu der Zeit erforderlich seyn, da nach dem Tode des Testirers über das Daseyn und den Inhalt des mündlichen Testaments gestritten wird [21]). Dies bringt die Pünctlichkeit mit sich, welche der Gesetzgeber hier zur nothwendigen Bedingung macht, um allen Betrug bey Testamenten zu verhindern. Cum enim res, sagt das Gesetz [22]), *per testium solennitatem* ostenditur: tunc et *numerus testium* et *nimia subtilitas* requirenda est. Aus diesen Gründen glaube ich nun auch behaupten zu können, daß der Beweis gerade durch eben die Zeugen, die zur Testamentshandlung erbeten waren, geführt werden müsse, andere hingegen, die etwa zufällig der Handlung beywohnten, nicht hinreichend sind [23]). Denn andere Zeugen sind bey Testamenten gar nicht gültig, als solche, die bey der Errichtung des Testaments zum Zeugniß besonders waren aufgefordert worden [24]). Also beruhet auch nur

auf

21) *L. ult. Cod. de testamentis*, wo die Worte besonders merkwürdig sind: Sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem: et maxime quem, et quos heredes sibi relinquere voluerit; *et hoc* POST MORTEM TESTATORIS *iurato deponant.*

22) *L.* 32. *C. de fideicomm.*

23) S. HARPPRECHT Diss. cit. Sect. III. §. 14. pag. 354. Anderer Meinung ist THIBAUT im System des Pandectenrechts 2. B. §. 470. S. 163.

24) *L.* 21. §. 2. *D. Qui testam. fac. poss.* Kölner Reichs Absch. von §. 1512. Tit. von Testamenten. Mit Recht sagt daher

auf der eidlichen Aussage dieser Zeugen allein die ganze Kraft und Gültigkeit eines mündlichen Testaments[25]). Es erhellet zugleich hieraus, daß nach dem Geiste der angeführten Gesetze die Eideszuschiebung für kein zulässiges Beweismittel zu halten sey, um das in Streit gezogene Daseyn eines mündlichen Testaments hierdurch außer Zweifel zu setzen[26]); theils weil das hier eintretende besondere Interesse den Schwörenden zur Begehung eines Meineides anreitzt[27]); theils weil auf solche Art dem Gegner zugemuthet würde, über ein fremdes Factum zu schwören, welches die Gesetze selbst für unbillig und rechtswidrig erklären[28]); theils endlich weil durch den Eid mittelbar jedes mündliche Testament, seinem Daseyn und Inhalte nach, dem Gutdünken einer solchen Person, die in Ansehung der Testaments-

daher *Jo.* SICHARD in Praelect. in Cod. T. II. ad L. 21. C. de testam. n. 5. pag. 349. *Quod si testes producerentur ad probandum testamentum, nisi etiam in testificatione dicerent, se esse rogatos in testes, ut si forte tantummodo dicerent: Ego vidi vel audivi illam voluntatem fuisse Titii; certe ille testis nihil probaret, quia non constat de solennitate rogationis.*

25) Mit mir stimmt hierin auch Herr Prof. Dabelow im Handbuche des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts 1. Th. §. 1061. überein.

26) Man s. HARPPRECHT in Diss. cit. Sect. II. §. 10. und Semler in der angef. Abh. §. 3. im Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrsaamkeit 2. Th. S. 87.

27) MALBLANC in doctr. de iureiurando §. 44. sagt sehr richtig: *omnia periuria, quae praevidentur, evitanda, neque, si ipse deferens contentus sit, permittenda esse.*

28) *L. 11. §. 2. D. de act. rer. amotar. L. 42. D. de Reg. iur.* MALBLANC cit. loc. pag. 134.

mentshandlung für eine extranea im wesentlichen Verstande zu halten ist, wider die Vorschrift der Gesetze überlassen wird [29]). Wäre das Testament ein schriftliches, solches aber von dem Beklagten, und jetzigen Besitzer der Erbschaft vorsätzlich bey Seite geschaft und unterschlagen worden, so würde der Kläger weiter nichts, als diesen Dolus des Beklagten zu erweisen haben [30]); und ich halte in diesem Falle nicht einmahl den Erfüllungseid zur Bestärkung des vorgeblichen Inhalts des unterschlagenen Testaments für nothwendig [31]), wenn gleich Hellfeld [32]) anderer Meinung ist.

Wird dem Testament die Einrede der Ungültigkeit entgegengesetzt, so muß diese zuvörderst erörtert werden, ehe die Erbschaft dem Kläger nach dem Testament zuerkannt werden kann. Der Beklagte muß jedoch in diesem Falle Caution wegen der innhabenden Erbschaft zur Sicherheit des Klägers leisten [33]). Wem ist aber hier der Beweis aufzulegen?

29) *L. 32. et 68. D. de hered. instit.*

30) *L. 11. Cod. de testam. L. 20. Cod. de probat. L. 22. in fin. Cod. de fide instrum.* S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLVII. §. 4. S. 491. folg. und Semler in der angef. Abh. §. 1. S. 80. f.

31) S. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXII. medit. 6. und Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 321. not. d. S. 481. der Gönnerschen Ausgabe.

32) Tom. II. §. 1170. a. E. Dieser Meinung ist auch THIBAUT im Systeme des Pandectenrechts 3. B. §. 1182.

33) *L. 5. §. 1. D. h. t. D. Hadrianus* Trebio Sergiano rescripsit, ut Aelius Asiaticus daret satis de hereditate, quae ab eo petitur: et sic falsum dicat. Hoc ideo, *quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.* Was hier von der

legen? natürlich auch dem Kläger, weil es ja zur Begründung der Klage gehört, daß das Testament auf eine rechtsgültige Art errichtet worden sey [34]). Der Kläger kann daher den Beweis der Exception hier von dem Beklagten nicht verlangen. Denn wenn der Beklagte das, was zur Begründung der Klage gehört, nicht ganz einräumt, so muß es immer von dem Kläger völlig durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden [35]).

II. Wenn sich der Kläger auf einen Erbvertrag gründet, so muß er die Existenz dieses Vertrages beweisen; hingegen wenn er

III. die Erbschaft als gesetzlicher Erbe in Anspruch nimmt, so braucht er nicht darzuthun, daß der Erblasser ohne eine Disposition über sein Vermögen zu hinterlassen, verstorben sey, wenn er diesen Umstand auch in der Klage angeführt hätte, sondern dem Beklagten liegt der Beweis ob, wenn dieser einwendet, daß ein Testament vorhanden sey [36]). Der Kläger braucht also nur sein Verwandtschaftsrecht zu beweisen, worauf er die Klage gegründet hat. Nun ist der Besitzer der Erbschaft entweder ein Fremder, oder auch ein Verwandter des Erblassers. Im ersten Fall ist der bloße Beweis der Verwandtschaft des Klägers mit dem

der Einwendung gegen die Aechtheit des Testaments gesagt wird, findet in jedem andern Falle statt, da dem Kläger die Einrede der Nichtigkeit des Testaments entgegen gesetzt wird. S. Westphals oben angeführten Commentar §. 355.

34) S. HARPPRECHT Dissertat. cit. Sect. II. §. 7.

35) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 327. f.

36) VOET ad Pand. h. t. §. 4.

dem Erblasser hinreichend; in dem andern Falle hingegen reicht der Beweis des Grades der Verwandtschaft noch nicht hin, um den Beklagten zu vertreiben, sondern der Kläger muß darthun, daß er nähere Ansprüche habe, also ein näherer Verwandter, als der Beklagte, sey. Denn hierin beruhet offenbar der Grund der Klage, ohne dessen Beweis sein Recht vom Richter nicht anerkannt werden kann [37]). Zum Beweis muß also hier ein glaubwürdiges Geschlechtsregister beygebracht werden, denn ein bloßes allgemein abgefaßtes Attestat der Obrigkeit ist, wie Hellfeld ganz richtig behauptet, hierzu nicht hinreichend. Die Meinung einiger Rechtsgelehrten [38]), daß wegen der Schwierigkeit genealogischer Beweise auch schon leichte Vermuthungen und Indicien gelten müßten, um den Kläger zum Erfüllungs-

37) Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten überein. Man s. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 448. VOET ad Pand. h. t. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1684. MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 376. THIBAUT System des Pandectenr. 2. B. §. 740. a. E. Anderer Meinung ist jedoch LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVIII. med. 9. Er glaubt, in beyden Fällen brauche nur der Grad der Verwandschaft bewiesen zu werden. Die Proximität des Klägers werde so lange vermuthet, als der Beklagte nicht erwiesen, daß er in gleichem oder näherem Grade verwandt sey. Allein der Grund, den Leyser anführt, daß dem Kläger der Beweis einer Verneinung aufgebürdet werden würde, weil er darthun müßte, daß der Beklagte kein näherer Verwandter sey, wird Niemanden überzeugen.

38) LEYSER cit. Specim. medit. 1 — 4.

legen? natürlich auch dem Kläger, weil es ja zur Begründung der Klage gehört, daß das Testament auf eine rechtsgültige Art errichtet worden sey [34]). Der Kläger kann daher den Beweis der Exception hier von dem Beklagten nicht verlangen. Denn wenn der Beklagte das, was zur Begründung der Klage gehört, nicht ganz einräumt, so muß es immer von dem Kläger völlig durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden [35]).

II. Wenn sich der Kläger auf einen Erbvertrag gründet, so muß er die Existenz dieses Vertrages beweisen; hingegen wenn er

III. die Erbschaft als gesetzlicher Erbe in Anspruch nimmt, so braucht er nicht darzuthun, daß der Erblasser ohne eine Disposition über sein Vermögen zu hinterlassen, verstorben sey, wenn er diesen Umstand auch in der Klage angeführt hätte, sondern dem Beklagten liegt der Beweis ob, wenn dieser einwendet, daß ein Testament vorhanden sey [36]). Der Kläger braucht also nur sein Verwandtschaftsrecht zu beweisen, worauf er die Klage gegründet hat. Nun ist der Besitzer der Erbschaft entweder ein Fremder, oder auch ein Verwandter des Erblassers. Im ersten Fall ist der bloße Beweis der Verwandtschaft des Klägers mit dem

der Einwendung gegen die Aechtheit des Testaments gesagt wird, findet in jedem andern Falle statt, da dem Kläger die Einrede der Nichtigkeit des Testaments entgegen gesetzt wird. S. Westphals oben angeführten Commentar §. 355.

34) S. HARPPRECHT Dissertat. cit. Sect. II. §. 7.

35) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 327. f.

36) VOET ad Pand. h. t. §. 4.

dem Erblasser hinreichend; in dem andern Falle hingegen reicht der Beweis des Grades der Verwandtschaft noch nicht hin, um den Beklagten zu vertreiben, sondern der Kläger muß darthun, daß er nähere Ansprüche habe, also ein näherer Verwandter, als der Beklagte, sey. Denn hierin beruhet offenbar der Grund der Klage, ohne dessen Beweis sein Recht vom Richter nicht anerkannt werden kann [37]). Zum Beweis muß also hier ein glaubwürdiges Geschlechtsregister beygebracht werden, denn ein bloßes allgemein abgefaßtes Attestat der Obrigkeit ist, wie Hellfeld ganz richtig behauptet, hierzu nicht hinreichend. Die Meinung einiger Rechtsgelehrten [38]), daß wegen der Schwierigkeit genealogischer Beweise auch schon leichte Vermuthungen und Indicien gelten müßten, um den Kläger zum Erfüllungs-

37) Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten überein. Man s. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 448. VOET ad Pand. h. t. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1684. MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 376. THIBAUT System des Pandectenr. 2. B. §. 740. a. E. Anderer Meinung ist jedoch LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVIII. med. 9. Er glaubt, in beyden Fällen brauche nur der Grad der Verwandschaft bewiesen zu werden. Die Proximität des Klägers werde so lange vermuthet, als der Beklagte nicht erwiesen, daß er in gleichem oder näherem Grade verwandt sey. Allein der Grund, den Leyser anführt, daß dem Kläger der Beweis einer Verneinung aufgebürdet werden würde, weil er darthun müßte, daß der Beklagte kein näherer Verwandter sey, wird Niemanden überzeugen.

38) LEYSER cit. Specim. medit. 1 — 4.

lungseide zu lassen, läßt sich hier, wo von einer Erbschaft die Rede ist, nicht wohl behaupten [39]).

Beweißt nun der Kläger sein Erbrecht nicht, so ist nach der Regel: actore non probante, reus absolvitur, für den Beklagten, seines offenbaren Nichtanspruches an die Erbschaft ungeachtet, um deswillen zu sprechen, weil bey gleichem Verhältnisse für den Besitzer erkannt werden muß [40]).

§. 564.

Natur der Erbschaftsklage. In wiefern ist sie als eine gemischte Klage zu betrachten?

Um nun die Natur der Erbrechtsklage näher kennen zu lernen, ist Folgendes zu bemerken.

1) Sie hat eine Erbschaft, als eine solche, d. i. als universitas iuris betrachtet, zum Gegenstande; und ist also dem Gegenstande nach eine Universalklage. Es kommt nichts darauf an, was der Beklagte von der Erbschaft besitzt, er mag sie ganz, oder zum Theil, oder nur eine einzelne Sache, welche dazu gehört, besitzen, wenn sie nur der Kläger als Erbe fordert, und der Beklagte ihm diese Sache in jener Eigenschaft streitig macht [41]). Mit Recht sagt daher

her

39) Pütters auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 3. Th. Resp. 221. n. 10. ff. de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 837.

40) *L. 2. Cod. de probat.* PAULUS *Recept. Sententiar.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 6. S. die Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts von Hübner S. 132.

41) *L. 4. D. h. t. L. 9. et 10 et L. 16. §. 5. D. eodem.*

her Ulpian[42]): Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, *quod poſſeſſor occupavit*, ſed, *ex ſuo iure*; et ideo, ſive ex aſſe heres ſit, totam hereditatem vindicabit, *licet tu unam rem poſſideas*; ſive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem poſſideas. Denn es wird hier blos über das Erbrecht des Klägers geſtritten[43]), nicht auch, wie Hommel[44]) irrig glaubt, über des Beklagten Erbrecht, wenn nicht dieſer gerade behauptet, daß er Erbe ſey. Nur in dieſem Falle läßt ſich's rechtfertigen, wenn Hommel ſagt: *Hereditatis petitio* ſey contentio duorum, quis propior veriorque heres ſit. Die Klage findet daher ohne Zweifel auch gegen einen ſolchen Beſitzer Statt, welcher die Erbſchaft, oder einen Theil derſelben, oder eine Sache daraus, als bloßer Beſitzer, ohne allen Rechtsgrund, inne hat, inſofern er des Klägers Erbrecht in Streit zieht, wie der folgende Paragraph lehren wird.

2) Die hereditatis petitio iſt eine Realklage, den ſie entſpringt aus dem Erbrechte, welches ein dingliches Recht iſt. Man kann aber mit ihr, und pflegt mit ihr das Geſuch auf gewiſſe perſönliche Leiſtungen zu verbinden. Ulpian[45]) ſagt daher: Petitio hereditatis, etſi *in rem*

42) *L. 1. §. 1. D. Si pars heredit. petat.*

43) CUJACIUS in Comm. ad Pand. ad L. 4. et ad L. 9. et 10. D. h. t.

44) Epiſt. de mirabili Ulpiani impoſtura. *Lipſ.* 1759. §. 1. Eben dieſes behauptete auch ſchon *Balth.* BRANCHU in Obſervation. ad ius Rom. Dec. I. cap. 6. pag. 51. ſeqq. Man ſehe aber dagegen die angef. Berichtigungen S. 131. folg.

45) *L. 25. §. 18. D h. t.*

actio sit, habet tamen *praestationes quasdam personales*: utputa eorum, quae a debitoribus sunt; item pretiorum. Der Kläger kann also verlangen, daß der Besitzer Rechnung ablege, den Werth der verkauften Erbschaftssachen ersetze, und auch die verursachten Schäden vergüte. Diese persönlichen Leistungen haben eine Verbindlichkeit zum Grunde, die dem iuri in personam entspricht. In dieser Hinsicht wird die Erbschaftsklage zu den gemischten Klagen gezählt [46]) wie aus dem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [47]) erhellet, wo es heißt: Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede, vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est: cum *mixtae personalis actionis* ratio hoc respondere compellat. Jedoch erklären die neuern Rechtsgelehrten [48]) dieses so, daß wenn bey der Erbschaftsklage auch persönliche Leistungen mit in Streit gezogen worden, die hereditatis petitio in einem solchen Falle mit einer persönlichen Klage verbunden werde, so daß nun nicht mehr eine einzige, sondern eine doppelte Klage für erhoben zu achten sey.

3) Die

46) Man sehe hier vorzüglich *Franc. de* AMAYA Observation. iuris civ. (*Genevae 1633. 4.*) Lib. III. cap. 2. nr. 8. seqq. pag. 342. seqq. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. NOODT Comm. ad. Dig. h. t. pag. 178. seqq. et *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Quaest. 2.

47) *L. 7. Cod. h. t.*

48) S. die Berichtigungen und Zusätze zu Höpfners Commentar über die Institutionen von Hübner S. 122—124.

3) Die hereditatis petitio ist ihrer Dauer nach eine actio perpetua, die erst nach dreyßig Jahren erlöscht [49]). Endlich

4) gehört auch die Erbschaftsklage zu den actionibus bonae fidei [50]). Vor Justinian war zwar die Sache nicht außer Zweifel, wie daraus erhellet, weil an einigen Orten der Pandecten gesagt wird, daß der hereditatis petitioni die exceptio doli entgegen gesetzt werden müsse [51]), welches ein Merkmal einer actionis stricti iuris war; an andern aber diese exceptio nicht für nöthig geachtet wird [52]). Justinian hat die Sache entschieden [53]); daher werden sogar dem malae fidei possessori die nothwendigen und nützlichen Unkosten officio iudicis vergütet, wenn gleich die exceptio doli nicht war vorgeschützt worden [54]).

§. 565.

Gegen wen hat die H. P. statt? Wer ist possessor *pro possessore?* Wer ist pro ficto possessore zu erhalten?

Die Erbschaftsklage kann gegen jeden angestellt werden, welcher die in Anspruch genommene Erbschaft, oder

49) *L. 7. C. h. t.* BRANCHU Observation. ad ius. Rom. Decad. II. Cap. 20. p. 281. glaubt jedoch, die hereditatis petitio sey nur in sofern perpetua, quatenus est *in personam*. Allein die *L. 7. C.* sagt dieses nicht.

50) *L. 12. §. 3. Cod. h. t.*

51) *L. 39. §. 1. D. h. t. L. ult. D. eodem.*

52) *L. 38. D. h. t.*

53) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iur. iuris civ. Lib. XIV. cap. 18. und Westphal oben angef. Commentar 5. Th. §. 363.

54) *L. 38. D. h. t.*

auch nur Etwas davon, oder ein für dieselbe angeschaftes Surrogat besitzt, insofern er des Klägers Erbrecht in Zweifel ziehet. Sie findet daher, als Universalklage, auch noch gegen den Statt, welcher die erbschaftlichen Sachen veräußert hat, aber den Werth dafür besitzt [55]). Nam pretium succedit in locum rei. Ja wenn auch der Veräußerer den Werth selbst noch nicht erhalten hat, so kann doch gegen ihn geklagt werden eben so gut, als ob er ihn schon erhalten hätte, weil er ihn noch immer beytreiben kann, oder doch dem Kläger auf sein Verlangen iura cessa geben muß [56]). Als ein für die Erbschaft gelößter Werth ist auch die Aestimation anzusehen, welche ein anmaßlicher Erbe von demjenigen, den er der Erbschaft wegen in Anspruch genommen hatte, etwa wegen einer von demselben begangenen Gefährde oder wegen dessen Ungehorsams für die Erbschaft erhalten hat [57]). Auch wenn ein Schuldner der Erbschaft nicht zahlen will, weil er Erbe zu seyn behauptet, und dem Kläger diese Eigenschaft abspricht, so ist die Erbschaftsklage gegen ihn begründet [58]), so wie nicht minder

55) *L. 16. §. 1. D. h. t.*

56) *L. 16. §. 5. D. eod.*

57) *L. 16. §. 2. D. h. t.* JULIANUS *libro 6. Digestorum.* ait: ab eo, qui petiit hereditatem, et *litis aestimationem* consecutus est, hereditatem peti posse. S. Westphal §. 415.

58) *L. 13. §. 15. D. h. t. L. 14. L. 15. L. 16. §. 3. D. h. t.* Behauptet der Schuldner nicht, daß er Erbe sey, sondern er zieht bloß das Erbrecht des Klägers in Zweifel, so findet gegen ihn die Erbschaftsklage nicht Statt, sondern der Erbe stellt gegen ihn die Schuldklage an, und legitimirt sich dabey ad causam. *L. 42. D. h. t.* S. HUBER in Pandect. ad. Pand. h. t. §. 3. et in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 286. und Westphal §. 393.

der wider denjenigen, welcher Activforderungen der Erbschaft als anmaßlicher Erbe beygetrieben hat[59]). Sie findet hingegen wider denjenigen nicht Statt, welcher die Erbschäft, oder Sachen, welche dazu gehören, auf eines andern Namen besitzt, weil dieser das Erbrecht des Klägers nicht in Streit zieht[60]). Der Beklagte kann sich hier mit der exceptione laudationis auctoris schützen, und bitten, daß der Kläger mit seinem Anspruche an seinen Principal verwiesen werde[61]). Ist jedoch dieser Prinzipal abwesend, so kann dem Besitzer wenigstens die Klage zu dem Ende zugefertiget werden, daß er dem Abwesenden davon Nachricht gebe, und von demselben eine Vollmacht zur Betreibung der Sache auswirke. Meldet sich der Abwesende nicht, so muß sich dennoch der Besitzer auf die Klage einlassen[62]). Die Erbschaftsklage hat aber wider denjenigen auf keine Weise Statt, welcher zwar eine zur Erbschaft gehörige Sache besitzt, allein läugnet, daß sie zur Erbschaft gehöre, ohne jedoch dem Kläger sein Erbrecht streitig zu machen. Er behauptet, er habe die Sache gekauft, oder

59) *L. 16. §. 1. D. h. t.* Qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

60) *L. 13. §. 12. D. h. t.* Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum, an ille ratum habeat, puto, absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam; *quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet.* Nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse. Tunc enim *suo nomine* teneri potest.

61) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes 1. Band Nr. XVI.

62) Westphal im angef. Commentar §. 392.

durch einen andern singulären Rechtstitel erworben [63]). Gegen einen solchen Besitzer würde die Erbschaftsklage ganz vergeblich angebracht werden, weil hier der Beklagte mit dem Rechte des Klägers in keinen Widerspruch geräth. Kläger kann immerhin Erbe seyn, und doch kann auch der Erblasser Sachen und Güter bey seinem Leben verkauft oder verschenkt haben, und der Beklagte also dieselben titulo singulari rechtmäßig besitzen. Gesetzt nun, der Kläger habe sein Erbrecht auch noch so gut ausgeführt, was hilft es ihn, da der Beklagte ihm solches nicht streitig macht, und doch dadurch der Grund, den der Beklagte für sich anführt, nicht umgestossen wird. Hier muß also statt der Erbschaftsklage ein iudicium singulare, nämlich die Rei vindicatio, gebraucht werden [64]). Der Kläger müßte also zuvörderst das Eigenthum des Erblassers, sodann aber noch insonderheit den Umstand beweisen, daß er dieses Eigenthümers Erbe geworden sey [65]). Doch kann auch zuweilen eine bloß persönliche Klage Statt finden, z. B. die Sache, welche der Dritte besitzt, hat ihm des Klägers Erblasser geliehen. Hier stellt der Erbe eben diejenige Klage an, die der Verstorbene in diesem Falle selbst hätte anstellen müssen, und legitimirt sich zugleich als Erbe ad causam [66]).

Weil es also zur Begründung der Erbschaftsklage oft darauf ankommt, daß man wisse, aus welchem Grunde sich der

63) S. *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de lite heredis cum possessore singulari. *Vitembergae 1727.*

64) *L. 7. C. h. t. L. 4. C. in quib. caus. cesset longi temp. praescript. Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 23.

65) Westphal in dem oben angef. Commentar. §. 380.

66) S. BASTINELLER cit. Diss. §. 10.

der Besitzer eine zur Erbschaft gehörige Sache anmaße, so kann der Beklagte angehalten werden, daß er auf Befragen aussage, ob er sich die inne habende Sache als Erbe, oder als Besitzer, oder aus einem eignen Rechtstitel anmaße. Antwortet der Besitzer, daß er die Sache, woran der Kläger einen Anspruch macht, weder sich als Erbe anmaße, noch pro possessore besitze; so ist nun des Klägers Absicht erreicht. Nun weis er, daß die hereditatis petitio gegen diesen Besitzer nicht gegründet sey, und mehr braucht er nicht zu wissen. Denn daß der Besitzer bey der Erbschaftsklage durch eine interrogatio in iure genöthiget werden könne, gegen die Regel des gemeinen Rechts, den Rechtsgrund seines Besitzes anzugeben, läßt sich mit der Glosse aus der Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius [67]) keinesweges beweisen. Es heißt nämlich darin: Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, *qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.* Hofacker [68]) glaubt zwar, der Sinn dieses Gesetzes gehe nur dahin, daß der Besitzer bey der Erbschaftsklage sagen müsse, wenn er die Sache titulo singulari et proprio besitzt, daß er weder pro herede noch pro possessore besitze, weil er sonst, wenn er sich auf die Klage einläßt, stillschweigend einräumt, daß er entweder auf die eine oder andere Art besitze. Allein gesetzt, der Beklagte excipirt, die Klage finde nicht statt, er besitze die Sache weder pro herede noch pro possessore, so ist doch nun die Klage vergeblich angestellt, und der Kläger hat vergebliche Kosten ge-

67) *L. 11. C. h. t.*

68) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1672. not. a.

habt. Dies soll aber durch die interrogatio in iure verhütet werden. Daß der Erbe, von dem Besitzer einer zur Erbschaft gehörigen Sache verlangen könne, daß er sage, ob er die Sache pro herede oder pro possessore oder aus einem eigenen Rechtstitel besitze, bestärken auch die Basilica [69]), in welchen die Stelle nach Fabrot's Uebersetzung so lautet: Nemo iure expetit ab aliquo, ut titulum suae possessionis dicat. Solus autem petitor hereditatis iure desiderat, ut possessor dicat, utrum pro herede, an pro possessore, vel quo alio titulo hereditatem possideat.

Unsere Practiker [70]) lassen jedoch in diesem Falle, statt den Beklagten zu befragen, aus welchem Grunde er besitze, eine alternative Cumulation der Erbschaftsklage mit der Reivindication zu. Ja Leyser [71]) behauptet sogar, wenn auch die hereditatis petitio namentlich wider einen possessorem singularem wäre angestellt worden, so könne doch der Richter der Billigkeit wegen eine solche Klagschrift bey Kräften erhalten, und eben so erkennen, als wenn die rei vindicatio wäre angestellt worden.

Es

69) Tom. V. Lib. XLII. Tit. I. pag. 568. Οὐδεὶς μὲν καλῶς ἀπαιτᾶι τινα λέγειν πόθεν νέμεται. ὁ δὲ τὴν τῶν κληρονομιαίων ἐκδίκησιν κινῶν, μόνος καλῶς απαιτεῖ τὸν νεμόμενον εἰπεῖν, ἔι ὡς νομίξων ἑαυτὸν κληρονὸμον, ἢ ὡς ἅρπαξ, ἢ μή τι ἐξ ἄλλου τίτλου διακατέχει τὴν κληρονομίαν.

70) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. not. BOEHMER doctr. de action. Sect. III. §. 2. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 84. Not. a.

71) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIV. medit. 2.

Es giebt indessen Fälle, wo derjenige, welcher titulo singulari Erbschaftsgüter an sich gebracht hat, doch mit der Erbschaftsklage in Anspruch genommen werden kann. Hierher gehört

1) wenn der Besitzer selbige, von dem anmaßlichen Erben, als eine universitas, kaufte. In diesem Falle kommt es jedoch darauf an, ob der Käufer in bona fide ist, oder ob er gewußt hat, daß dem Verkäufer kein Recht an den Sachen zustehe. Nur in dem letztern Falle kann er mit der hereditatis petitio utilis belangt werden [72]). Allein in dem ersten Falle muß eigentlich gegen den Verkäufer die Erbschaftsklage angestellt werden, und nur in subsidium, wenn gegen diesen nichts auszurichten ist, haftet der bonae fidei emtor, soweit er bereichert ist [73]).

2) Wenn die Frau die Erbschaft ihrem Mann als Heyrathsgut zugebracht hat; so findet gegen den Mann die hereditatis petitio utilis statt, ob wohl auch die Frau actione directa belangt werden kann [74]).

Die Erbschaftsklage findet nun also nur gegen einen solchen Besitzer statt, der dem Kläger sein Erbrecht streitig macht. Dieser kann entweder ein wahrer oder ein fingirter Besitzer seyn.

1) Ein

72) *L.* 13. §. 8. *D. h. t.* *Ant.* FABER in Rational. ad. h. L. findet zwar hiergegen viel einzuwenden, man sehe aber HUBER in Eunomia Rom. pag. 269.

73) *L.* 13. §. 4. *D. h. t.* S. Westphals oben angef. Commentar. §. 400.

74) *L.* 13. §. 10. *D. h. t.* Man sehe hier wider Fabers unnütze Kritic HUBER Eunom. Rom. pag. 271.

I. Ein wahrer Besitzer besitzt die Erbschaft entweder

1) *pro herede*, wenn er entweder glaubt, Erbe zu seyn; oder zwar weiß, daß er nicht Erbe sey, aber doch einen Rechtstitel für sich hat[75]); oder

2) *pro possessore*, wenn der Besitzer entweder gar keinen Titul anzugeben im Stande ist, oder der angegebene Titel nichtig, oder erdichtet ist[76]). Hommel[77]) glaubt zwar, Ulpian habe sich in dieser Erklärung geirrt, der possessor pro

75) *L. 11. pr. D. h. t.* PRO HEREDE possidet, qui putat, se heredem esse. Sed an et is, qui scit, se heredem non esse pro herede possideat, quaeritur? Et *Arrianus* lib. II. *de Interdictis* putat teneri. Quo iure vos uti *Proculus* scribit. — *L. 13. §. 8. D. eodem.* Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram. Nemo enim praedo est, qui pretium numeravit. Sed ut emtor universalis *utili* tenetur.

76) *L. 11. §. 1. D. h. t.* PRO POSSESSORE vero possidet praedo. *L. 12. D. eodem.* Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit; *quia possideo*, nec contendet se heredem, vel per *mendacium*, (sc. hoc. contendat). *L. 13. D. eodem.* Nec ullam *causam possessionis* possit dicere. Et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. *L. 13. §. 1. D. eodem.* Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret, et quasi injunctus est (d. i. ein jeder nichtiger Titel macht den Besitzer zu einem possessor *pro possessore*.) Denique et *pro emtore* titulo haeret. Nam si a *furioso* emero sciens, *pro possessore* possideo. Item in titulo *pro donato* quaeritur, an quis *pro possessore* possideat; utputa *uxor* et *maritus*? Et placet nobis *Juliani* sententia, *pro possessore* possidere eam, et ideo *petitione hereditatis* tenebitur. Item *pro dote titulus* recipit *pro possessore* possessionem: utputa si a minore duodecim annis, nupta mihi, quasi dotem sciens accepi.

77) Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 675.

pro poſſeſſore ſey vielmehr der bonorum poſſeſſor, der die Erbſchaft als vermeintlicher heres praetorius beſitzt. Die Erbſchaftsklage ſey daher nur gegen den geſtattet, der als vermeintlicher Erbe beſitzt. Allein es iſt ſchon von andern [78]) gezeigt worden, daß dieſe gewagte Behauptung aus einer offenbaren petitio principii gefloſſen ſey. Er ſetzt nämlich als unbezweifelt voraus, die hereditatis petitio ſey nicht bloß ein Streit über das Erbrecht des Klägers, ſondern auch über das des Beklagten, wer nämlich von beyden der wahre oder nähere Erbe ſey. Dieſe irrige Hypotheſe iſt aber ſchon oben verworfen worden. Die Erbſchaftsklage findet daher gegen jeden Beſitzer der Erbſchaft, als univerſitas betrachtet, ſtatt, wenn er auch nicht als Erbe beſitzt, aber doch des Klägers Erbrecht in Zweifel zieht, weil die Reivindication eine actio ſingularis iſt, durch welche eine univerſitas iuris nicht verfolgt werden kann [79]).

Zuweilen kann bey derſelben Erbſchaft der eine als poſſeſſor pro herede, der andere als poſſeſſor pro poſſeſſore in Anſpruch genommen werden [80]). Der Fall iſt, wenn Jemand denjenigen, welcher die Erbſchaft pro herede beſaß, mit Gewalt aus dem Beſitz vertrieben hat. Hier kann der wahre Erbe nach ſeiner Willkühr entweder den Entſetzten in An-

78) KOCH in Specim. comp. Pandecr. (*Jenae 1757.*) medit. 6. pag. 42. HOFACKER in Princip. iur. civ. T. II. §. 1672. not. f. pag. 821. *Jo. Theoph.* SEGER Diſſ. quaeſtion. for Syllog. II. cont. *Lipſiae 1773.* Qu. 3. pag. 24. und (Hübner) Berichtigungen und Zuſätze zu den Inſtitutionen des Röm. Rechts (Leipzig 1801. 8.) S. 131. ff.

79) *L. 56. D. de Rei vind.*

80) *L. 16. §. 4. D. h. t.*

Anspruch nehmen, quasi *iuris possessorem* [81]), quia habet interdictum *unde vi*, quo victus cedere debet [82]), oder den jetzigen Besitzer, qui dejecit, weil er die Erbschaft *pro possessore* besitzt.

II. Die Erbschaftsklage findet auch wider einen solchen Beklagten Statt, der nicht wirklich Besitzer ist, allein wegen seines Dolus eben so belangt und verurtheilt werden kann, als wenn er wirklich Besitzer wäre. Man nennt einen solchen Beklagten einen *fictus possessor* [83]). Der Grund dieses Verhältnisses liegt also in dem Dolus des Beklagten. Daher die Regel des Civilrechts: *dolus pro possessione est* [84]). Dieser Dolus des Beklagten, der ihn im rechtlichen

81) Man nennt in der hereditatis petitio den Beklagten *iuris possessor*, wenn er zwar die Sache nicht besitzt, aber besitzen kann, weil er eine Klage darauf hat, deren Cession von ihm gefordert wird. *L. 9. L. 18. §. 1. L. 35. D. h. t.* Dieser kann mit der Erbschaftsklage belangt werden, weil er etwas zu thun sich weigert, was der Kläger, als Erbe, von ihm fordern zu können glaubt, und also ein Stück des allgemeinen Erbrechts sich anmaßt. S. Fr. Carl von Savigny Recht des Besitzes §. 8. S. 74. folg.

82) *L. 17. pr. D. de acquir. vel omitt. possess.* Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum Interdicto *de vi* reciperandae possessionis facultatem habeat. S. von Savigny S. 120. not. 1.

83) *Ad. Ignat.* TURIN Diss. de ficto possessore. *Erfordiae 1774.* und *Jo. Henr. Christ.* ERXLEBEN Diss. de eo, quod iuris est circa fictam possessionem, maxime quoad rei vindicationem et hereditatis petitionem. *Goettingae 1778.*

84) *L. 131. D. de Reg. iur. L. 157. §. 1. D. eodem.* Diese Regel ist durch ein Senatus-Consultum zur Zeit des Krs. Hadrian

im

lichen Sinn zum Besitzer macht, ist auf zweyerley Art denkbar.

1) Wenn der Beklagte sich muthwillig auf die Klage einläßt, als ob er besäße, da er doch weiß, daß er nicht Besitzer ist, um den Kläger in einen vergeblichen Prozeß herum zu ziehen. Von diesem sagen die Gesetze: *liti se obtulit* [85]). Hierher gehört, wenn Ulpian [86]) sagt: Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et CELSUS lib. 4. Digestorum scribit, ex dolo eum teneri; *dolo enim facere eum, qui se offert petitioni.* Quam sententiam generaliter MARCELLUS apud IULIANUM.[87]) probat: *omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* Die Stelle, welche Ulpian hier aus des Celsus Digesten citirt, kommt noch besonders in Justini-

im Jahr der Erb. Roms 881. eingeführt worden, dessen Worte *L. 20. §. 6. D. h. t.* enthalten sind. Man vergleiche darüber HEINECCII Diss. de Senatusconsulto Hadriani temporibus facto, quod extat L. XX. §. VI. Dig. de heredit. petit. in EIUSDEM *opuscul. postum. ad historiam Edictor.* pag. 449. seqq.

85) S. *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Bach Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi 1746.*

86) *L. 13. §. 13. D. h. t.*

87) Marcellus hat Noten über Julians Digesten geschrieben, von diesen ist in unserer Stelle die Rede; nicht von Marcells Digesten, wie TURIN in Diss. cit. §. 3. aus *L. 13. §. 14. D. h. t.* hat erweisen wollen. S. Westphals Commentar §. 433.

stinians Pandecten[88]) vor, und lautet so: Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem initio litis scire eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Kläger geglaubt habe, der Beklagte sey, wie er vorgegeben hat, wirklicher Besitzer. Denn hat er es selbst besser gewußt, und belangt den vorgeblichen Besitzer doch, so trägt er den Schaden seiner eigenen Schuld. Es muß jedoch, wie aus der angeführten Stelle des Celsius erhellet, der Beklagte des Klägers Wissenschaft beweisen, und da hierzu evidentissimae probationes erfordert werden, so kann hierzu, wenigstens nach dem Römischen Rechte, Eideszuschiebung nicht gebraucht werden[89]). Giebt sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer aus, so kann er sein Vergehen so lange noch wieder gut machen, als er den Kläger noch nicht in Schaden gebracht hat[90]). Dies ist nun gewöhnlich der Fall, wenn er vor der Litiscontestation sein fälschliches Vorgeben zurück-

88) *L. 45. D. eodem.* Die Ueberschrift dieses Fragments ist CELSUS *lib. 4. Digestorum.* S. BRENCMANN Diss. de Legum inscriptionibus §. II. bey WIELING in *Jurisprud. restitnta* T. II. pag. 157

89) Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1r Band Nr. XVI. §. 6. S. 350. Nach dem Gerichtsgebrauch wird jedoch die Eideszuschiebung für zulässig gehalten. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 4. §. 54. not. 5.

90) ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. Membr. II. §. 6.

zurücknimmt[91]); es wäre denn, daß der Kläger dadurch, daß der Beklagte fälschlich vorgab, er sey Besitzer, abgehalten worden wäre, den wirklichen Besitzer in Anspruch zu nehmen, und darüber die Verjährungszeit verstrichen wäre. Hier liegt dem Beklagten die Verbindlichkeit zur Entschädigung des Klägers ob, wenn jener auch sein Vorgeben noch vor der Kriegsbefestigung zurückgenommen hätte[92]).

2) Wenn der Beklagte wirklicher Besitzer war, aber aus Gefährde zu besitzen aufgehört hat, um den Kläger seine Ansprüche zu vereiteln. Es mag der Beklagte Anfangs in bona oder gleich in mala fide gewesen seyn[93]). Hierher gehört, wenn Ulpian[94]) sagt: Item, si quis *dolo* fecerit, *quominus possideat*, hereditatis petitione tenebitur. Hat der Beklagte sich eine Erbschaft, die ihm gar nicht gehörte, wissentlich angemaßt, so haftet er nicht nur für seinen Dolus, sondern auch, wenn er durch seine Culpa den Besitz verlohr[95]). Der Beklagte hört nun zu besitzen auf, nicht

91) *L. 25. D. de Rei Vindicat.* Caeterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret; nec videtur se liti obtulisse, *qui discessit.*

92) S. NOODT Commentar. ad Pandect. L. VI. Tit. I. *Operum* T. II. pag. 165. und HOMBERGK cit. Diss. §. 22.

93) ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. Memb. III. §. 2.

94) *L. 13. §. 14. D. h. t.*

95) *L. 25. §. 2. D. h. t.* Quod ait Senatus: *eos, qui bona invasissent, quae scirent, ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent*, ita intelligendum est, ut et DOLUS PRAETERITUS in petitionem hereditatis deduceretur, *sed et* CULPA. S.

nicht nur, wenn er die Sache an einen solchen aus Gefährde verkauft, der schwer zu belangen ist, sondern auch wenn er die Sache vernichtet, und vertilgt; oder Sachen, die zur Erbschaft gehören, von den Besitzern oder Schuldnern abzufordern unterläßt, welche er leicht hätte erhalten können [6]). Denn auch derjenige, welcher aus Gefährde es gehindert hat, daß er nicht zum Besitz der Sache gekommen ist, wird rechtlich eben so angesehen, als ob er dolose zu besitzen aufgehört hätte [97]). Sind durch boshafte Veräußerung mehrere fingirte Besitzer successive entstanden, durch deren Hände die Sache gegangen ist, so haften sie alle [98]), und es hängt von dem Kläger ab, wen er belangen will.

Ein fingirter Besitzer kann nun eben so verurtheilt werden, als wenn er die Erbschaft wirklich besäße, und zwar haftet er nicht nur für die Erbschaft selbst, sondern auch für deren Nutzungen. Das Senatusconsultum sagt: *Perinde condemnandos, quasi possiderent*, welche Worte Ulpian [99]) so erklärt: Merito: nam is, qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessor condemnatur: accipies, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Unde si sit alius possessor, ab

ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. membr. III. §. 2. und Westphal im angef. Commentar. §. 489.

96) *L. 25. §. 2. D. h. t.* ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. membr. 3. §. 4.

97) *L. 25. §. 8. D. h. t.*

98) Et, si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur, sagt der angef. *§. 8. cit. L. 25.*

99) *L. 25. §. 8. et 9. D. h. t.*

ab utroque *hereditas peti* poterit. — Sed utrum is ſolus, qui poſſidet, *fructus praeſtabit*: an etiam is, qui *dolo* fecit, *quominus poſſideret*? et dicendum erit, poſt Senatusconſultum *ambo teneri*. Hiermit ſtimmt auch Celſus [100]) überein, welcher ſagt: Qui ſe liti obtulit, cum rem non poſſideret, condemnatur, (ſc. quaſi poſſideret). Der Kläger kann hier den Werth eidlich beſtimmen, den ihm der Beklagte erſetzen muß. Ulpian [1]) ſagt: Haec verba Senatusconſulti etiam adverſus eum, qui non poſſidet, *iusiurandum* inducunt. Tam enim adverſus eum, qui dolo fecit, quominus poſſideat, quam adverſus poſſidentem, *in litem iuratur*. Daß der Kläger auch alles Intereſſe in Anſchlag bringen kann, lehrt ebenfalls Celſus [2]), wenn er ſagt: aeſtimari ſcilicet oportebit, *quanti eius interfuit, non decipi*. Die Klage gegen den fingirten Beſitzer fällt indeſſen weg, wenn der wahre Beſitzer gleich Anfangs ſich bereitwillig erklärt, die Sache mit dem Kläger auszumachen; es muß nur aber freylich der Prozeß mit dem wahren Beſitzer nicht beſchwerlicher ſeyn, als der mit dem fingirten Beſitzer, denn unter dieſen Umſtänden iſt der Kläger nicht ſchuldig, den fingirten Beſitzer zu entlaſſen. Sed ſi alius nactus poſſeſſionem, ſagt Ulpian [3]), quam ego dolo malo amiſeram, paratus ſit iudicium pati, MARCELLUS *lib.* 4. *Digeſtorum* tractat, ne forte evaneſcit adverſus eum, qui deſiit poſſidere, litis aeſtimatio? Et magis evaneſcere,

100) *L.* 45. *D. h. t.*

1) *L.* 25. §. 10. *D. h. t.*

2) *L.* 45. *D. eodem.*

3) *L.* 13. §. 14. *D. h. t.*

neſcere, ait, niſi petentis intereſt. Certe, inquit, ſi rem paratus ſit reſtituere, indubitatum erit, evaneſcere. Sed ſi is, qui dolo deſiit, ante conveniatur, eum, qui poſſidet, non liberabit.

Es entſteht nun die Frage, ob der Erbe den wahren Beſitzer der Erbſchaft auch dann noch in Anſpruch nehmen könne, wenn ihm der fingirte Beſitzer den Werth und alles Intereſſe vergütet hat? Die Meinungen der Rechtsgelehrten ſind hier getheilt. Einige [4]), zu denen Hellfeld gehört, läugnen dieſes gänzlich, ſie ſagen, es ſtreite gegen alle Billigkeit, das Seinige zweymal zu fordern [5]), und dieſe Unbilligkeit leuchte hier um ſo mehr in die Augen, da bey einer Erbſchaft, als eine universitas iuris betrachtet, der Werth an die Stelle der Sache tritt. Ueberdies ſprächen auch in andern Fällen die Geſetze [6]) den wahren Beſitzer frey, wenn der Eigenthümer wegen des Werths der Sache befriediget worden iſt. Ja Paulus [7]) laſſe vollends keinen Zweifel zurück, wenn er ſagt: Eius rei, quae per *in rem actionem* petita, tanti aeſtimata eſt, quanti *in litem* actor iuraverit: *dominium ſtatim ad poſſeſſorem pertinet*, tranſegiſſe enim cum eo, et decidiſſe videor eo

4) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. IV. not. m. pag. 479. und beſonders ERXLEBEN cit Diſſ. Cap. III. membr. II.

5) *L. 57. D. de Reg. iuris.*

6) *L. 8. L. 20. D. de interrogat. in iure. L. 24. 25. et 26. D. de noxal. action.*

7) *L. 46. D de rei vindicat.* Eben dieſes beſtätigen auch *L. 1. et 3. D. pro emtore*, wo geſagt wird: litis aeſtimatio eſt ſimilis emtioni.

eo pretio, quod ipse constituit. Dessen ungeachtet behaupten die meisten sowohl theoretischen [8]) als practischen Rechtsgelehrten [9]) das Gegentheil, und für diese Meinung, welche dem Erben noch eine Klage gegen den wahren Besitzer der Erbschaft gestattet, wenn er gleich schon den Werth derselben von dem fingirten Besitzer erhalten hat, streitet auch ohne Zweifel das strenge Recht. Denn Erstens wird die Verurtheilung des fingirten Besitzers zur Vergütung des Werths und alles übrigen Interesse in den Gesetzen blos als eine Strafe des Dolus angesehen. Von dieser Strafe bleibt also der eigentliche Realanspruch an der Erbschaft selbst ganz unterschieden. Es läßt sich folglich mit Grund nicht behaupten, daß der Kläger das Seine zweymal fordere, da die Klagen gegen verschiedene Personen gehen. Daß nun aber zweytens die Klage noch gegen den wahren Besitzer Statt finde, lehren die Gesetze

8) DONELLUS in Commentar. iur. civ. lib. XIX. cap. 12. pag. 1114. CUJACIUS Lib. XXII. Observat. cap. 29. NOODT Commentar. in Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 177. HUBER in Eunomia Rom. h. t. pag. 272. et in Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 16. et 17. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. IV. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 48. Westphal im Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente §. 436. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1673. in fin. TURIN in Diss. de ficto possessore §. 9. HOMBERGK zu Vach in Diss. de oblatione ad litem. §. 27. MALBLANC Dig. Tom. I. §. 377. u. a. m.

9) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9. BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. IV. §. 54. not. 5. BRUNNEMANN in Comm. ad L. 13. §. 13. D. h. t. MEVIUS P. III. Decis. 98.

ganz deutlich. So sagt Ulpian [10]): Sed si is, qui dolo desiit, ante conveniatur, *eum, qui possidet, non liberabit.* Eben so Paulus [11]): Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, *nihilominus a possessore recte petitur*: sicut *Pedius* ait. Noch deutlicher Papinian [12]): Dolo feciſti, quominus possideres, quod ex hereditate ad alienum pertinente adprehenderas. Si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit: quia nihil petitoris interest. Caeterum, si tu ante conventus, ex praeterito dolo praestiteris: *nihil ea res possessori proderit.* Es stimmt auch dieses mit andern Grundsätzen des römischen Rechts überein. Denn begründet der Besitz eine Realklage [13]), so kann dieselbe dadurch nicht erlöschen, daß ein Dritter, wegen eines begangenen Dolus, den Werth der Sache ersetzt hat. Hierdurch ist der Grund der Klage wider den Besitzer nicht gehoben. Daher kann auch hier die Regel: pretium in locum rei succedit, keine Anwendung finden; und eben so wenig sind die von der Gegenparthey angeführten Gesetze uns entgegen. Denn sie reden zum Theil von Noxalklagen, bey welchen der Prätor dem Beschädigten nur eine Klage entweder gegen den wahren, oder gegen den fingirten Besitzer gestattete. Daß aber dieses nur als Ausnahme von der Regel galt, giebt Paulus deutlich genug zu verstehen, wenn

10) *L. 13. §. 14. D. h. t.*

11) *L. 7. D. de Rei vindicat.*

12) *L. 95. §. 9. D. de solut. et liberat.*

13) *L. un. Cod. de alienat. iud. mut. c. facta.*

wenn er sagt [14]): Id enim *Praetor* introduxit, *ne eluderetur actor*: *non ut etiam lucrum faceret.* Ideoque exceptione a sequenti summovebitur. Theils reden sie gar nicht von dem Falle, da der fingirte Besitzer zuerst ausgeklagt worden ist [15]), sondern wo der Beklagte, der die, von dem Eigenthümer in Anspruch genommene Sache, in seiner Gewalt hat, dieselbe aus Ungehorsam zu restituiren sich weigert, und der Kläger zum Würderungseide gelassen wird [16]). Hier geht das Eigenthum der Sache auf den Beklagten über, der den Kläger wegen des Werths entschädiget hat. *Transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.* Eine solche aestimatio litis wird gleichsam als ein Kauf angesehen [17]), weil der Kläger, qui invitus ad res suas vendendas cogi nequit, wenn er das eidlich bestimmte Aequivalent annimmt, natürlich auch im Moment der Annahme auf das, wofür es gegeben wird, so verzichtet, als der Verkäufer auf das Verkaufte, wenn er das Pretium annimmt [18]). Dies ist aber von

14) *L. 26. pr. D. de noxalib. action.* verglichen mit *L. 24. D. eodem.*

15) Man sehe hier *L. 46. D. de Rei Vindicat.* und vergleiche damit *L. 47. D. eodem.* Ueber beyde Stellen s. *Jos.* AVERANII Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 15. nr. 6. seqq. und *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exerc. VIII. §. 18. pag. 202.

16) *L. 1. et 2. D. de in litem iur.*

17) *L. 7. §. 1. D. de public. in rem act. L. 22. pr. D. de act. rer. amotar.*

18) Franz Ludw. Wirschinger über das iuramentum in litem §. 76.

dem Fall ganz verschieden, wenn der fingirte Besitzer den Werth als eine poena doli vergütet hat, denn daß hierdurch der wahre Besitzer nicht von dem Anspruche des Eigenthümers befreyet werde, sagen die oben angeführten Gesetze ausdrücklich. Man nimmt jedoch nicht unbillig den Fall aus, da der wahre Besitzer den Regreß gegen den fingirten nehmen könnte, weil dieser sonst doppelt bezahlen müßte [19]). Z. E. der wahre Besitzer hat die Sache von demjenigen gekauft, der dieselbe dolose zu besitzen aufgehört, und den Werth prästirt hat. Wäre der wahre Besitzer zuerst in Anspruch genommen worden, und dieser hätte dem Kläger die Sache restituirt, so findet gegen den fingirten Besitzer keine Klage weiter statt [20]). Ob übrigens der Beklagte schon bey der Einlassung, oder von da an bis zum Urtheil den Besitz erwarb, ist einerley [21]). Denn man sieht bey Realklagen auf das tempus rei iudicatae [22]).

§. 566.

19) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 13. §. 14. D. h. t. HILLIGER ad *Donellum* Lib. XIX. cap. 12. lit. M. Westphal im angef. Commentar §. 436. TURIN cit. Diss. §. IX. in fin.

20) *L. 95. §. 9. D. de Solution.*

21) *L. 18. §. 1. D. h. t.* Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei, neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est: an petitione hereditatis videatur tenere? et CELSUS lib. 4. Digestorum recte scribit hunc condemnandum, *licet initio nihil possedit.*

22) *L. 16. pr. D. h. t. Jos.* AVERANIUS Interpretat iuris Tom. II. Lib. IV. cap. 23. nr. 5. pag. 122.

§. 566.

Gesuch und Object der Erbschaftsklage.

Das Gesuch der Erbschaftsklage geht

1) **insofern dieselbe ein Realklage ist, dahin, daß der Kläger für den wahren Erben erklärt, und der Beklagte verurtheilt werde, die Erbschaft mit allem, was dazu gehört, herauszugeben. Zur Erbschaft gehört nun aber alles, was der Erblasser nicht nur zur Zeit seines Todes besessen hat, es sey sein Eigenthum, oder nicht, z. B. die ihm zum Pfande gegebenen, geliehenen, oder deponirten Sachen, oder derentwegen dem Verstorbenen sonst ein Retentionsrecht zustand; sondern auch die Accessionen, wodurch nach seinem Tode die Erbschaft vermehrt worden ist, z. B. die Früchte, wenn sie auch der Kläger selbst auf die Art nicht gezogen haben würde, Pacht- und Miethgelder, und aller Gewinn, der von der Erbschaft ist gezogen worden. Ja auch dasjenige ist Gegenstand der Klage, was der Besitzer um der Erbschaft willen angeschaft hat, das Geld zum Ankauf mag aus der Erbschaft genommen worden seyn, oder nicht. Die hierher gehörigen Stellen sind:**

1) *L.* 19. *pr. D. h. t.* **wo Paulus sagt:** Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet; ut res pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur: sicut illae, quorum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commoda-

tae vel depoſitae ſunt, nulla ſit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum eſt, eas reſtitui. Daß der Erbe wegen ſolcher Sachen, derentwegen ſchon dem Erblaſſer die Hypothekariſche oder Publicianiſche Klage zuſtand, die Erbſchaftsklage anſtellen kann, iſt kein Wunder, da jene Klagen ebenfalls dingliche Klagen ſind. Allein wegen der dem Erblaſſer geliehenen, oder in Verwahrung gegebenen Sachen, giebt es keine Klage gegen den dritten Beſitzer. Da nun aber dennoch der Erbe für dieſe Sachen verantwortlich iſt, ſo war es billig, ihm derentwegen die Erbſchaftsklage zu geſtatten, weil ſie doch als ein Theil der Erbſchaft, für univerſitas iuris genommen, zu betrachten ſind. Paulus fährt fort §. 2. Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus poſſeſſor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti ſi iuraverit defunctus, petitoris rem non eſſe, et deceſſerit. Debent hae quoque reſtitui. Wenn der Erblaſſer geſchworen hat, daß die Sache dem Kläger nicht zugehöre, der ſie als ſein Eigenthum in Anſpruch genommen hatte, ſo wirkt dieſer Eid nur gegen den Kläger, ſo daß dieſem, wenn er klagt, die exceptio iurisiurandi entgegen geſetzt werden kann. Eine Klage ſtand alſo dem Schwörenden der Sache wegen nicht zu. Gleichwohl müſſen auch ſolche Sachen, als Theil der Erbſchaft, abgeliefert werden, wenn mit der Erbſchaftsklage überhaupt auf Reſtitution der Erbſchaft geklagt wird.

2) *L.* 20. *pr. D. eodem.* Hier ſagt Ulpian: Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae *hereditatis cauſa* comparata ſunt; utputa mancipia, (pecoraque, et ſi qua alia) quae neceſſario hereditati ſunt comparata. Et ſi quidem *pecunia hereditaria* ſint comparata: ſine

dubio

dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria? videndum erit. *Et puto etiam haec venire*, ſi magna utilitas hereditatis verſetur: *pretium ſcilicet reſtituturo herede.* Ferner § 3. Item non ſolum ea, quae mortis tempore fuerunt, ſed ſi qua poſtea *augmenta* hereditati acceſſerunt, venire in hereditatis petitionem: nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. — *Fructus* autem omnes augent hereditatem, ſive ante aditam ſive poſt aditam hereditatem acceſſerint. Ja Afrikanus ſetzt noch *L.* 56. *D. h. t.* hinzu: Cum hereditas petita ſit, eos fructus, quos poſſeſſor percepit, omnimodo reſtituendos, *etſi petitor eos perceperus non fuerat.*

3) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Sed et penſiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae ſunt, venient, licet a lupanario perceptae ſint. Nam et in multorum honeſtorum virorum praediis lupanaria exercentur. Bey den Römern war die Bordelwirthſchaft erlaubt, wenn es nur vorher den Aedilen war angezeigt worden, und dem Staate jährlich die gewöhnliche Abgabe entrichtet wurde [23]). Selbſt Standesperſonen, welche hier, wie Huber [24]) bemerkt, unter den *honeſtis viris* zu verſtehen ſind, hielten Bordelle. Hatte nun der Beſitzer der Erb.

23) *Deſid.* HERALDI Obſervat. et Emendat. cap. 33. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1352. ſeq.) *del* MANZANO Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. in *Theſ. Meermann* Tom. V. pag. 311. *Jos.* FINESTRES Hermogenian. Tom. I. pag. 429. ſeqq. und *Andr. Flor.* RIVINI Diſſ. de muliere quaeſtuaria. *Vitemb. 1733.*

24) Eunomia Rom. ad L. 27. D. h. t. §. 2. pag. 285.

Erbschaft durch Verpachtung des dazu gehörigen Bordels sich einen Gewinn verschaft, so mußte auch dieser dem Erben restituirt werden, wenn er gleich schändlich war. **Hermogenian** [25]) sagt: ne honesta interpretatio non honesto quaestu lucrum possessori faciat.

4) *L.* 28. §. 3. *D. h. t.* sagt endlich **Paulus** noch überhaupt: Post Senatusconsultum enim *omne lucrum* auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.

Die Klage erstreckt sich also auf alles, was zur Erbschaft gehört, es sey körperlich oder unkörperlich, beweglich oder unbeweglich. **Ulpian** [26]) sagt: Placuit, universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive *iura*, sive *corpora* sint. Ob auch **Servituten** ein Gegenstand der Erbschaftsklage sind, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. **Georg Fried. Deinlin** [27]) trägt kein Bedenken, dieses zu bejahen, und glaubt, daß **Ulpian** seine Meinung nicht undeutlich bestätige, wenn dieser im Allgemeinen sagt, daß auch iura, unkörperliche Dinge, unter der Erbschaftsklage begriffen wären. Ja eben dieser **Ulpian** lehre auch, daß bey Servituten eine Restitution denkbar sey, wenn er sagt:

25) *L.* 52. *D. h. t.* Man sehe über diese Stelle FINESTRES c. l. §. 2. pag. 429. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. nr. XXXIX. not. a. und HUBER in Eunom. Rom. ad L. 52. cit. pag. 287. seqq.

26) *L. 18. §. 2. D. h. t.*

27) Observat. iuris miscellar. caput primum de servitutibus in hereditatis petitionem venientibus occasione L. 18. §. ult et L. 19. §. 3. D. de hered. petit. *Altdorfii 1740.*

ſagt [28]): Eſt quaeſitum, ſi uſusfructus vel uſus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit: an hoc Interdicto (ſc. *Quod legatorum*) *reſtituere* ſit compellendus? movet, quod neque uſusfructus neque uſus poſſidetur: ſed magis tenetur. Poteſt tamen defendi, *competere Interdictum.* Idem dicendum eſt et in *ſervitute relicta.* Allein die meiſten Rechtsgelehrten [29]) läugnen, daß Servituten ein Gegenſtand der Erbſchaftsklage ſeyn könnten. Denn Servituten ſind entweder perſönliche oder dingliche. Erſtere ſind ohnehin mit dem Tode des Erblaſſers erloſchen. Letztere hingegen haften auf den dem Kläger zu reſtituirenden Grundſtücken active, und gehen ipſo iure mit ſelbigen an den Kläger über, es läßt ſich alſo keine beſondere Reſtitution derentwegen gedenken. Eben dieſes beſtärkt auch Paulus [30]) mit klaren Worten, wenn er ſagt: *Servitutes* in reſtitutionem hereditatis non venire, ego didici: *cum nihil eo nomine poſſit reſtitui*, ſicut eſt in corporibus et fructibus. Sed ſi non patiatur ire et agere, *propria actione* convenietur. Der Servituten wegen iſt alſo lediglich die actio confeſſoria anzuſtellen, wenn der Erbe in deren Ausübung gehindert wird. Dies iſt

28) *L. 1. §. 8. D. Quod. legator.*

29) DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 13. pag. 1124. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 12. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 19. §. 3. D. h. t. WESTENBERG in Digeſt. h. t. §. 25. *Ge. Wilh. Lud.* BENECKE Disquiſ. acad de vero hereditatis petitionis objecto ſervitutes excludente. *Gieſae 1741.* und Weſtphal im angef. Commentar §. 458.

30) *L. 19. §. 3. D. h. t.*

ist unstreitig die actio propria, welche Paulus hier meint. Diesem ist auch Ulpian nicht entgegen, wenn er lehrt, daß bey einer legirten Servitut mit dem Interdicto quod legatorum die Restitution gefordert werden könne, wenn der Legatar dieselbe schon occupirt hat, und dem Erben die Falcidia daran gebührt. Denn hier ist die erbschaftliche Sache selbst dienstbar, der Legatar muß also den Nießbrauch oder den Gebrauch der Servitut so lang dem Erben wieder abtreten, bis er der Falcidie wegen befriediget ist. Man behauptet daher auch mit Recht, daß persönliche Dienstbarkeiten insofern sie auf die Erben übergehen [31]), wohl ein Gegenstand der Erbschaftsklage seyn könnten, weil unter diesen Umständen eine Restitution derselben denkbar ist [32]). Daher führt Paulus blos Beyspiele von Real-Servituten an. Nun läßt sich zwar auch bey dinglichen Servituten der Fall gedenken, daß der Besitzer der Erbschaft, zu welcher sie gehören, Früchte könnte genossen haben, die er restituiren muß, man denke sich z. B. die Huth- und Weidegerechtigkeit. Hier muß der Beklagte den sich angemaßten Genuß der Früchte vergüten, welche ohne Zweifel zur omnis causa gehören, mit welcher die Erbschaft restituirt werden muß. Allein ein jeder sieht hier von selbst ein, daß in diesem Falle von keiner Restitution der Servitut selbst, von welcher Paulus redet, sondern von einer bloßen persönlichen Prästation die Rede ist, worauf die Erbschaftsklage bekanntermassen mit gerichtet werden kann. Wie aber, wenn derjenige, welcher dem Erben

in

31) *L. 14. Cod. de Usufr. et habitat. L. 2. D. de usu et usufr. legatis.*

32) DONELLUS c. l. VOET c. l.

in der Ausübung einer zur Erbschaft gehörigen Real-Servitut stöhrt, demselben die Einrede entgegensetzt, daß nicht Kläger, sondern er, der Beklagte, der wahre Erbe sey? Sollte denn auch in diesem Falle nach der Lehre des Paulus die actio confessoria gegründet seyn? Ich glaube allerdings. Denn hier ist nicht der Fall, wo der Kläger sein Erbrecht hauptsächlich verfolgt, sondern nur das Recht eines zur Erbschaft gehörigen Grundstücks, welches er besitzt, geltend macht. Das in Zweifel gezogene Erbrecht des Klägers macht hier blos einen Incidentpunct aus, und gehört zur legitimatio ad causam, giebt aber keinen Grund ab, die confeßorische Klage für unstatthaft zu halten, und den Kläger zur Erbschaftsklage zu verweisen. Denn der Schluß, wo ein Erbrecht zu erweisen, da ist die Erbschaftsklage anzustellen, gilt eben so wenig, als der, daß jede Klage, bey welcher ein Eigenthum zu beweisen ist, eine Reivindication sey, denn dieser Beweis kann auch bey der actio confessoria als ein Incidentpunct vorkommen [33]).

2) Insofern die Erbschaftsklage als eine *actio mixta personalis* betrachtet wird, und daher auch persönliche Leistungen zum Gegenstand hat, geht das Gesuch derselben dahin: daß der Beklagte Rechnung ablege, den Werth der verkauften Sachen, die von den Erbschaftsschuldnern beygetriebenen Kapitalien, nicht minder alle gezogene und vernachläßigte Früchte restituire, und die verursachten Schäden ersetze [34]).

Um

33) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIII. §. 44.

34) *L. 25. §. 18. D. h. t.*

Um den Zweck der Klage zu realisiren, kann von dem Beklagten auch die Herausgabe des Inventariums, oder einer eidlichen Specification verlangt werden [35]).

§. 567.

Unterschied zwischen einem *bonae* und *malae fidei possessor* bey der Erbschaftsklage. In wieweit wird der b. f. possessor durch die Anstellung der Klage wider ihn in einen unredlichen Besitzer verwandelt?

Bey der Restitution der Erbschaft ist nun der Unterschied sehr wichtig, ob der Beklagte ein *bonae* oder *malae fidei* possessor ist. Unter der *bona fides* versteht man überhaupt die Meinung von der Rechtmäßigkeit unserer Handlung. Eine entgegengesetzte Ueberzeugung hingegen, oder das Bewußtseyn, daß man etwas nicht mit Recht thue, wird *mala fides* genennt. Diese schließt also ihre Natur nach einen Dolus in sich [36]). Insofern hingegen Jemand in bona fide ist, trift ihn kein Vorwurf eines Dolus [37]). Eine solche bona oder mala fides läßt sich nun bey allen menschlichen Handlungen annehmen, in sofern wir sie im Verhältniß zu den Gesetzen, und unserer Ueberzeugung von der Rechtmäsigkeit derselben betrachten. So sagt z. B. Paulus [38]), si *bona fide* exactum fuerit iuramentum.

Wendet

35) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 5. und *Car. Fried.* WALCH Diss. de iurata specificatione loco inventarii exhibita. *Ienae 1790.*

36) *L. 25. §. 7. D. h. t.*

37) *L. 25. §. 6. D. h. t.*

38) *L. 30. §. 3. D. de iureiur. L. 7. §. 8. D. de minorib.*

Wendet man diese Begriffe auf den Besitz an, so wird derjenige ein *bonae fidei possessor* genennt, welcher seinen Besitz für rechtlich hält [39]), derjenige hingegen ein *malae fidei possessor*, welcher weiß, daß er kein Recht habe, die Sache zu besitzen, welche er sich gleichwohl, als die seinige, anmaßt [40]). Wer also aus rechtlichen Gründen glaubt, daß die Erbschaft ihm wirklich zugehöre, die er als die seinige besitzt, und nicht weiß, daß einem andern ein vorzügliches Recht daran zustehe, heißt hier bey der Erbschaftsklage ein *bonae fidei possessor* [41]). Es kommt nichts darauf an, ob dabey ein error iuris oder facti zum Grunde liegt. Auch der error iuris schadet nichts, insofern bloß, wie hier, von der Restitution der Sache, und Abwendung eines Schadens die Rede ist [42]). Nur dann kommt der error iuris Niemanden zu statten, sondern wird einer malae fidei gleich geachtet, wenn davon die Rede ist, daß man etwas ge-

39) *L. 109. D. de verb. signif.* Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. Add. *L. 137. D. de reg. iur.*

40) *L. 20. §. 6. D. h. t.* sagt: Qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent.

41) *L. 38. D. de usurpat. et usucap.* Vid. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. II. Tract. XXVIII. Qu. 7. et 8. et Lib. III. Tract. XXII. Qu. 7. — 10. *Hieron. de* OROZ de apicibus iur. civ. Lib. IV. cap. 6. *Christph. Christ.* HASSE Diss. de litis contestatione, an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur. *Goett. 1780.* §. 2.

42) *L. 8. D. de iuris et facti ignor.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. II. et ad *Eundem.* EMMINGHAUS not. w. et x.

gewinnen will, oder ein Recht zu erwerben sucht, wie z. B. bey der Usucapion der Fall ist[43]). Diesem gemäß sagt nun Ulpian[44]): *Scire ad se non pertinere*, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, *qui in iure erravit*; putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri? Et non puto, *hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret.*

Der malae fidei possessor hat entweder einen Rechtstitel für sich, z. E. er hat wissentlich eine fremde Erbschaft von dem Nichterben gekauft; oder nicht. In dem letztern Falle wird er *praedo* genennt. Ulpian[45]) bestätiget diesen Unterschied, wenn er sagt: Quod autem ait Senatus: *eos, qui bona invasissent*, loquitur de *praedonibus*, id est, de his, qui, cum scirent, ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona; scilicet, *cum nullam causam haberent possidendi*; und an einem andern Orte[46]) sagt eben dieser Jurist: Pro possessore possidet *praedo*, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, *quia possideo*, nec ullam *causam possessionis* possit dicere, et ideo *fur* et *raptor* petitione hereditatis tenentur.

43) *L. 7. D. de iur. et facti ignor. Io. Frid. Wilh.* SCHLEGEL Diss. de discrimine inter possessionem bonae et malae fidei, eiusque effectu civili sec. iuris Rom. principia. *Havniae 1790.* 8. Sect. I. §. 5. et *B.* BRANCHU Observat. ad ius Rom. Decad. I. in Addend. pag. 227. seqq.

44) *L. 25. §. 6. D. h. t.*

45) *L. 25. §. 3. D. h. t.*

46) *L. 11. §. 1. L. 12. L. 13. pr. D. h. t.*

tur. Hingegen lehrt eben dieser Ulpian[47]): Nemo *praedo* est, *qui pretium numeravit.* Jedoch wird auch nicht selten das Wort *praedo* für einen jeden unredlichen Besitzer genommen, und dem Besitzer in gutem Glauben entgegen gesetzt[48]).

Ein malae fidei possessor kann nun entweder gleich Anfangs ein solcher seyn, oder in der Folge durch den Prozeß ein solcher werden. Hierher gehören folgende Stellen der Pandecten.

1) *L.* 20. §. 11. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor, id est, *cum primum aut denunciatum esset.* Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denunciavit? an incipiat usuras debere pecuniae redactae? Et puto debere: *coepit enim malae fidei possessor esse.*

2) *L.* 25. §. 7. *D. eodem.* Si ante litem contestatam, inquit (sc. Senatusconsultum), fecerint. Hoc ideo adiectum, setzt Ulpian zur Erläuterung hinzu, quoniam *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse:* quinimo *post controversiam motam.* Quanquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et *post motam controversiam* omnes possessores pares fiunt, et quasi *praedones* tenentur. Et hoc

47) *L.* 13. §. 8. *D. h. t. L.* 126. *D. de Reg. iur.* diesen ist *L.* 5. *D. de acquir. vel amitt. poss.* nicht entgegen. Man sehe WALCH ad ECKHARDI Hermenevtic. iuris Lib. I. §. 206. pag. 381. sq.

48) *L.* 31. §. 3. *L.* 38. *L.* 39. §. 1. *L.* 40. pr. *L.* 46. *D. h. t.* §. 2. *I. de Officio iud.*

iure hodie utimur: coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. Qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur.

3) *L.* 31. §. 3. *D. h. t.* Bonae fidei possessor, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem; *postea vero et ipse praedo est*

4) *L.* 40. *D. eodem.* Hier sagt Paulus: Illud quoque, quod in Oratione Divi *Hadriani* est, *ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas*, interdum durum est: quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba Orationis: quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus *Proculo* placet. *Cassius* contra sensit. In praedonis persona *Proculus* recte existimat: in bonae fidei possessoribus *Cassius*. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.

Mit Recht wird hier jeder Nachdenkende fragen, wie man sich das erklären solle, wenn in den angeführten Gesetzstellen gesagt wird, daß durch die Entstehung des Prozesses der vorher redliche Besitzer in einen unredlichen verwandelt werde? Wie soll das bloße Anstellen einer Klage, und die Rechtsvertheidigung des Beklagten in diesem ein Bewußtseyn hervorbringen, daß dem Kläger an der in Anspruch genom-

nommenen Erbschaft ein Recht zukomme, da ja der Fall nicht selten ist, daß erst durch das Beweisverfahren der Kläger sein Recht darzuthun vermag? Träte die mala fides erst vom Moment der wirklichen Litiscontestation ein, so könnte man allenfalls einen Grund in der Uebereinkunft der Partheyen finden, daß die in Anspruch genommene Sache in dem Zustande gelassen werden solle, in welchem sie sich zur Zeit der Litiscontestation befand[49]). Allein Ulpian rechnet ja den Anfang der mala fides des Beklagten sogar auf die Zeit zurück, da derselbe von der wider ihn erhobenen Klage die erste Wissenschaft erhielt, und führt den Grund an[50]), *coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur.* Dies scheint der Vernunft unerklärbar zu seyn. Cornelius van Bynkershök[51]) glaubt daher, Ulpians Regel müsse aus der römischen Prozeßordnung erklärt werden, nach welcher der Kläger dem Beklagten noch vor der Litiscontestation gleich bey der Edition der Klage diejenigen Urkunden und Beweise mittheilen mußte, deren er sich künftig beym Judex Pedaneus bedienen wollte, um den Beklagten dadurch in den Stand zu setzen, bey sich zu überlegen, ob er mit dem Kläger streiten oder lieber nachgeben wolle[52]). *Si me audias,* sagt daher dieser berühmte Holländer, *sola editio instrumentorum,*

49) *L. 2. D. de Usur. et fruct.* S. dieses Commentars 6. Th. §. 503. S. 199. folg.

50) *L. 25. §. 7. D. h. t.*

51) Observation. iuris Rom. Tom. II. Lib. VIII. cap. 12. pag. 320. (edit. *Heineccianae* Francof. et Lipsiae 1739. 4.)

52) *L. 1. §. 3. D. de edendo.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 286. S. 34.

torum, ante litem contestatam, in causa fuit, cur vulgo apud Romanos post litem contestatam bonae fidei possessor conditionem mutaverit. Fügte nun der Kläger in einem gegebenen Falle die Beweise nicht gleich der Klage bey, oder die Beweise waren nicht so beschaffen, daß sie den Beklagten sofort von der Rechtmäßigkeit des klägerischen Anspruchs vollkommen überzeugten; es ließen sich noch immer nicht unerhebliche Einwendungen dagegen machen; so daure die bona fides des Besitzers auch noch während des Prozesses fort; denn seine Vertheidigung sey gerecht. *Non enim videtur moram facere, qui sine dolo malo ad iudicium provocat* [53]). Hieraus lasse sich nun auch erklären, wenn Paulus [54]) sagt, der bonae fidei possessor dürfe nicht für den Zufall haften, wenn auch während des Prozesses Sachen der Erbschaft ohne seine Schuld zu Grunde gegangen wären, und zwar aus dem höchst billigen Grunde: *nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.* Eben hieraus erkläre sich ferner, wenn derselbe Paulus an einem andern Orte [55]) sage, daß man, um zu beurtheilen, ob und wie weit der bonae fidei possessor durch die Erbschaft bereichert sey, auf das *tempus rei iudicatae* sehen müsse; und es sey nun gar kein Grund vorhanden, mit Hugo Donellus in dieser letzten Stelle eine fehlerhafte Lesart anzunehmen, oder das nothgedrungene Geständniß abzulegen, PAULO *vel* TRIBONIANO *in relatione huius sententiae somnum obrepsisse.* Das Resultat dieser Bynkers-

53) *L. 63. D. de Reg. iuris.*

54) *L. 40. D. h. t.*

55) *L. 36. §. 4. D. h. t.*

Kershökischen Meinung ist zuletzt in den Worten zusammengefaßt: „Ex his intelligimus, sagt er, regulam iuris Romani, *omnes possessores post litem contestatam fieri praedones*, esse scriptam de eo, quod accidit ἐπὶ τὸ πλεῖσον, ut solent leges scribi *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. *et L.* 6. *D. de LL.* Plerumque verum est, edita actione, editisque instrumentis, reum scire posse, se rem alienam possidere. Si non possit, et bona fide litem contestetur, bonae fidei possessor manet ad usque rem iudicatam, ut est in *L* 40. *pr. et L.* 36. §. 4. *D. de heredit petit.* Unde ULPIANUS in d. *L.* 25. §. 7. *D. eodem.* non dixit, eum, qui interpellatur, debuisse scire, sed *coepisse scire*, rem ad se non pertinere. Quare, si non coeperit scire, contra dicendum est. Bona fides sic manet, donec iudex reum constituat in fide mala et in mora, tenetur enim obtemperare sententiae, sive aeque sive inique, nam Praetor ius reddere dicitur, etiam cum inique decernit.“

Auch Leyser [56]), Brokes [57]) und Hellfeld läugnen, daß durch die Erhebung des Rechtsstreits der Beklagte in einen unredlichen Besitzer umgeschaffen werde, und wollen Ulpians Regel nur unter der Einschränkung annehmen, wenn der Beklagte durch des Klägers beygebrachte Beweise die Ueberzeugung erhalten hat, daß ihm die innehabende Sache nicht gehöre.

56) Meditat. ad Pand. Specim. LXXXIII. medit. 5. Specim. XCIX. medit. 6.

57) Diss. de litis contestatione malam fidem non inferente. *Vitembergae 1736.* et in Observat select. Obs. 9.

Sollte sich denn aber die Regel: *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quinimo post controversiam motam*, nicht schon nach Vernunftgründen vertheidigen lassen? Oder sollte es, wie Leyser behauptet, wirklich gegen Vernunft und Billigkeit streiten, wenn jener Regel zu Folge, ohne Voraussetzung beygebrachter rechtlicher Beweise von Seiten des Klägers, der Beklagte sogleich von der Zeit an, da er von der wider ihn erhobenen Klage die erste Wissenschaft erhielt, einem malae fidei possessor gleichgehalten werden soll? Es ist nicht zu läugnen, daß wenn man jene Regel im buchstäblichen Verstande nehmen, und behaupten wollte, daß von Zeit des entstandenen Prozesses an zwischen einem redlichen Besitzer und einem andern malae fidei possessor gar kein Unterschied Statt finde, hieraus die größte Unbilligkeit entstehen würde. Daß dieses aber auch keinesweges die Meinung der Gesetze sey, erhellet aus der oben angeführten *L.* 40. *pr. D. h. t.* ganz klar, wo Paulus den Beklagten von der Verbindlichkeit lossprícht, für den Zufall zu haften. Zwar sieht man aus dem Vortrag dieses Rechtsgelehrten, daß einige römische Rechtsgelehrten wirklich den Satz, daß die Litiscontestation den redlichen Besitzer in einen unredlichen verwandle, buchstäblich aufstellen, und den Beklagten zur Leistung alles dessen verbinden wollten, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm die Erbschaft zu der Zeit, da sie der Kläger in Anspruch nahm, sogleich wäre restituirt worden. Allein Paulus fand dieses wenigstens in dem Falle sehr hart, wenn Sachen während des Prozesses durch Zufall zu Grunde gegangen wären, und der redliche Besitzer, einem unredlichen gleich, dafür haften sollte. Durch solche übermäßig harte Folgen sollte Niemand von der Vertheidigung

seines

seines Rechts abgeschreckt werden, und die Vortheile des Besitzes verlieren. Es ist also soviel außer Zweifel, daß in Absicht auf die Prästation der Unglücksfälle der in Anspruch genommene bonae fidei possessor auch noch nach beantworteter Klage unverändert ein solcher bleibe, wenn die Sache bey ihm, ohne sein Verschulden zu Grunde geht. Für diese haftet er auch während des Prozesses nicht, wenn gleich die Fortsetzung desselben dazu Veranlassung gegeben hätte, und der Schade bey dem Erben selbst nicht geschehen wäre [58]). Es kommt nun alles noch darauf an, näher zu bestimmen, wie weit sich die Wirkungen der malae fidei erstrecken, welche durch die wider den Besitzer erhobene Klage nach Vorschrift der Gesetze entstehen? Dann wird es der Vernunft nicht an Gründen fehlen, die Verordnung der eben angeführten römischen Gesetze vollkommen zu rechtfertigen, ohne mit Bynkershök nöthig zu haben, den Grund so mühsam in der römischen Prozeßordnung aufzusuchen. Man merke also zuvörderst den Grundsatz, blos in Absicht auf Dolus und Kulpa wird der redliche Besitzer von der Zeit an, da er von der wider ihn erhobenen Klage legale Wissenschaft erhielt, einem malae fidei possessor gleich geachtet, dergestalt daß er nicht nur

1) für allen positiven Schaden haften muß, den er mit Vorsatz, oder durch die geringste Schuld verursacht hat [59]); sondern auch

58) *L. 16. pr. et §. 1. D. de Rei vind. L. 40. pr. D. h. t.*

59) *L. 31. §. 3. D. h. t. L. 45. D. de rei vindicat. L. 4. §. 2. D. fin. regundor.*

2) allen entgangenen Gewinn, und also auch die fructus percipiendos, dem Kläger ersetzen muß, insofern solche der Beklagte mit Anwendung seines möglichsten Fleißes hätte gewinnen können [60]).

Es versteht sich, daß diese Wirkungen der malae fidei nur dann zur Sprache kommen, wenn der Beklagte im Rechtsstreite unterliegt, und der Ausgang des Prozesses gelehrt hat, daß das Recht nicht auf des Beklagten Seite war. Sobald nun Jemand über eine Sache in Anspruch genommen wird, so ist es ganz natürlich, daß er von der Zeit an nicht mehr diejenige vollkommene Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes behalte, die er vorher hatte [61]). Denn er muß sich nun den Fall als möglich denken, daß der Kläger ein Recht auf die Sache habe, und daß derselbe, wenn er auch seinen Anspruch noch zur Zeit nicht erwiesen hat, doch sein Recht vielleicht noch in der Folge ausführen werde. Er muß demnach die Sache als eine bedingt fremde Sache betrachten, und, weil aller Ausgang des Prozeßes ungewiß ist, sich als einen solchen Besitzer ansehen, der vielleicht die Sache, die er bisher in gutem Glauben für die seinige hielt, dem Kläger resti-

60) L. 1. §. 1. C. *h. t.* L. 22. *Cod. de rei vindicat.* §. 2. *I. de offic. iudic.*

61) Sehr treffend sagt K. Constantin in der *L. 10. C. de acquir. vel retin. poss.* Nemo ambigit, possessionem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur: *interpellatione* vero et *controversia progressa.* non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, *tamen ex interposita contestatione, et causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet et dubitet.*

restituiren muß. Wer wird es nun also noch unbillig finden, wenn er von jetzt an auch auf sie einen höhern Grad von Fleiß verwenden muß, als da, wo er noch unangefochten über die Sache, als sein vermeintliches unbeschränktes Eigenthum, schalten konnte? Wer wird es nicht vielmehr für ganz vernünftig halten, daß der Besitzer von jetzt an seine Wirthschaft darnach einrichte, daß ihm, wenn er allenfalls zur Herausgabe der Erbschaft condemnirt wird, keine verantwortliche Schuld zur Last falle? Mit dem besten Grunde konnten ihm also die Gesetze einem unredlichen Besitzer gleich, zu jedem Ersatz verpflichten, woran sein Dolus oder Culpa Schuld hatte, wenn nämlich jene Bedingung eintritt, und der Beklagte unterliegt [62]).

Noch ist zu bemerken, daß ein bonae fidei possessor zuweilen auch noch vor dem Anfange des Prozesses ein wirklicher malae fidei possessor werden kann, wenn er von des Klägers an der Erbschaft habenden gerechten Ansprüchen, die er anfänglich nicht kannte, nach der Zeit, und ehe noch der Prozeß angegangen ist, überführt worden, und ihm dennoch die Erbschaft vorenthalten hat. Dieser wird ganz nach den Grundsätzen eines malae fidei possessoris beurtheilt. Von diesem Falle redet Ulpian [63]), wenn er sagt: De eo autem loquitur Senatus, qui ab initio mente prae-

62) S. *Barthol.* CHESII Interpretat. iuris (*Liburni 1657.* f.) Lib. II. cap. 23. nr. 30. pag. 119. *Christoph. Christ.* HASSE Diss. cit. §. 14. seqq. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 987. Not. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1676. und vorzüglich Gönner im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXV. S. 213. ff.

63) *L. 25. §. 5. D. h. t.*

praedonis res hereditarias apprehendit. Quodsi ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius, ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more versari caepit, nihil Senatus loqui videtur. Puto tamen et ad eum mentem Senatusconsulti pertinere. Parvi enim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus, an postea hoc facere coepit.

Aus allem erhellet nun also soviel, daß der redliche Besitzer auf zweyerley Art in eine malam fidem versetzt werden kann.

1) *Naturaliter*, **wenn er in der Folge die völlige Ueberzeugung erhalten hat, daß die Sache, die er bisher für die seinige gehalten, ihm wirklich nicht zugehöre, sondern eine fremde Sache sey. Dies ist der Fall, wenn der wahre Erbe oder Eigenthümer die Sache von demjenigen, welcher sie bisher** bona fide **besaß, außergerichtlich abgefordert, oder gerichtlich eingeklagt, und die Rechtmäßigkeit seines Anspruchs sogleich durch solche Beweise dargethan hat, welche den Besitzer von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes überzeugten.**

2) *Civiliter*, **wenn er zwar noch zur Zeit von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes nicht überzeugt worden ist, aber doch von der Zeit an, da er legale Wissenschaft von der wider ihn angestellten Klage erhalten hat, d. i. da ihm die Klage** ad excipiendum **ist mitgetheilt worden, vermöge der Verordnung der Gesetze in Rücksicht gewisser rechtlicher Wirkungen einem** malae fidei possessori **gleichgeachtet wird, nämlich in sofern, daß, wenn**

er

er zur Restitution verurtheilt wird, er nun, wie ein Verwalter fremder Güter, Rechnung ablegen, und für jedes imputables Versehen haften muß[64]). In jeder anderer Rücksicht bleibt er ein bonae fidei possessor auch während des Prozesses.

§. 568 u. 569.

Unterschied zwischen dem b. und m. f. possessor, 1) in Absicht auf die Restitution der zur Erbschaft gehörigen Sachen selbst.

Die hereditatis petitio geht nun also dahin, daß der Beklagte die Erbschaft nach einem Inventarium oder einer eidlichen Specification sammt allem, was dazu gehört, restituire. Die zur Erbschaft gehörigen Sachen sind nun entweder noch in Natur und unbeschädigt vorhanden, oder nicht. Im ersten Falle restituirt sie der bonae fidei possessor, wie der unredliche Besitzer, ohne Unterschied. In dem letzten Falle hingegen kommt es darauf an,

I. ob Sachen beschädiget oder ganz zu Grunde gegangen sind. Ist hier der Besitzer

1) ein bonae fidei possessor, und der Schade noch vor entstandenem Prozeße geschehen, so darf er nichts vergüten. Denn die bona fides berechtigte ihn, mit der Sache so zu schalten, als wenn sie wirklich sein Eigenthum wäre[65]). Es findet also auch keine Zurechnung einer Kulpa Statt.

64) Man sehe hier noch Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 933. und SCHLEGEL Diss. de discrimine inter possessionem b. et m. fidei. Cap. III. §. 35.

65) *L. 136. D. de div. reg. iuris.* Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

Statt. Mit Recht sagt daher Ulpian[66]; *quia quasi suam rem neglexit*, nulli querelae subiectus est *ante petitam hereditatem.* Ist hingegen der Schade erst während des Prozesses geschehen, so muß ihn der b. f. possessor ersetzen, wenn er auch durch das geringste Versehen geschehen wäre. Ulpian sagt: *Postea* vero et ipse *praedo* est[67]). Wenn aber erbschaftliche Sachen durch einen Unglücksfall verlohren gegangen sind, so kommt es darauf an, ob der vorher redliche Besitzer sogleich naturaliter durch die beygebrachten Beweise des Klägers in malam fidem versetzt worden ist, oder blos civiliter. Im ersten Falle muß er für den Schaden haften, sofern die Fortsetzung des Besitzes daran schuld ist; in dem letzten Falle hingegen ersetzt er nichts[68]). Daher wird in Rücksicht dessen, was durch Unglücksfälle von der Erbschaft verlohren gegangen ist, auf die Zeit der Verurtheilung gesehen[69]).

2) Der gleich Anfangs unredliche Besitzer hingegen muß nicht nur jeden Schaden ersetzen, den er mit Vorsatz oder durch irgend ein Versehen verursacht hat[70]); sondern er haftet auch für die Unglücksfälle; jedoch mit dem Unterschiede,

66) *L. 31. §. 3. D. h. t.*

67) *L. 31. cit. L. 45. D. de Rei vindicat. L. 4. §. 2. D. fin. regundor.*

68) *L. 40. pr. D. h. t. L. 16. pr. D. de Rei vindicat.* HASSE cit. Diss. §. 20. Westphal System des Röm. Rechts von den Arten der Sachen §. 934.

69) *L. 36. §. 4. D. h. t.* Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente §. 450.

70) *L. 25. §. 2. D. h. t.*

schiede, daß der praedo im eigentlichen Verstande, der gar keinen Rechtstitel für sich hat, unbedingt[71]), ein anderer malae fidei possessor aber nur insofern verurtheilt werden kann, als der Zufall die Sache bey dem Kläger nicht betroffen haben würde[72]), welches dem Kläger zu beweisen obliegt[73]). Der Unterschied, den einige Rechtsgelehrten[74]) noch bey dem m. f. possessore simplici machen wollen, ob der Unglücksfall sich vor entstandenem Prozesse oder erst während demselben ereignet hat, ist in den Gesetzen nicht gegründet, und wird daher von andern um so mehr verworfen, weil der Beklagte, welcher gleich von Anfang seines Besitzes an in mala fide ist, sich auch schon vor dem Prozeß ohne Zweifel in mora befindet[75]).

II. Sind Erbschaftssachen veräußert, oder consumirt, so ist wieder zu unterscheiden.

1) Ist

71) *L. 40. D. h. t. L. 7. §. fin. D. de cond. furt. L. 1. §. 34. L. 19. D. de vi. L. 2. Cod. de cond. furtiva.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1679. MALBLANC Dig. T. II. h. t. §. 379.

72) *L. 20. §. fin. D. h. t. L. 15. §. ult. D. de Rei vindicat.* Vergleicht man beyde Stellen mit einander, so kann wohl die *L. 20. §. fin.* anders nicht als hypothetisch verstanden werden, nämlich wenn der Kläger Gelegenheit gehabt hätte, die Sache zu veräußern. S. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 36. und Westphal System des R. R. von den Arten der Sachen §. 929.

73) COCCEJI c. l. HOFACKER c. l. §. 1677. in fin.

74) WERNHER Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 214. nr. 127. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digest. h. t. §. 31. MALBLANC Digest. h. t. §. 379. HOFACKER c. l. §. 1677. et 1679.

1) Ist der Beklagte ein *bonae fidei possessor*, so haftet er für das, was schon vor entstandenem Proceß nicht mehr da war, nur insoweit, als er durch den Werth oder durch den Genuß reicher geworden ist. Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, sagt **Ulpian**[76]), ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, *in quo locupletiores facti sunt.* Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, *dum re sua se abuti putant*, non praestabunt: nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur; quamvis ad remunerandum aliquem naturaliter sibi obligaverunt. Plane si ἀντιδωρεα, id est, remunerationes acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis. Was also der redliche Besitzer vor entstandenem Proceß von der Erbschaft verschwendet und verschenkt hat, ersetzt er nicht, wenn er nicht etwa dafür von dem Beschenkten eine Remuneration erhielt. Hat hingegen der b. f. possessor blos von der Erbschaft gelebt, und während der Zeit sein eigenes Vermögen nicht angreifen dürfen; so ist er um soviel bereichert, als er in dieser Zeit an dem Seinigen erspart und zurückgelegt hat. Dies muß er also dem Kläger vergüten. Wenn er aber um der Erbschaft willen besser gelebt, und mehr hätte darauf gehen lassen, als er nach seiner vormahligen Art zu wirthschaften, von seinem eigenen Vermögen ausgegeben haben würde, so wird blos darauf gesehen, wie er vorher seine ökonomische Einrichtung zu

76) *L.* 25. §. 11. *D. h. t.* Was dagegen *Bern.* AUTUMNUS in Cens. Gallic. ad h. L. erinnert hat, ist ganz ohne Grund, wie *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. pag. 281. gezeigt hat.

zu machen pflegte. Was er darüber verzehrt hat, ist als Verschwendung anzusehen, welche ihm zu gute geht. Ulpian [77]) sagt: Quod autem quis ex hereditate erogavit, utrum totum decedat, an vero pro rata patrimonii eius? utputa penum hereditarium ebibit, utrum totum hereditati expensum feratur, an aliquid et patrimonio eius: ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem? ut si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior: in statutis vero suis sumtibus [78]) videatur factus locupletior, utique enim et si non tam laute erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset. Nam et D. *Marcus* in causa Pythodori, qui rogatus erat, quod sibi superfuisset, ex hereditate reddere, decrevit, ea, quae alienata erant, non minuendi fideicommissi [79]), nec pretium in corpus patrimonii Pythodori rediisse; et ex proprio Pythodori patrimonio, et ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate [80]). Et nunc igitur statuti sumtus

77) *L.* 25. §. 16. *D. h. t.* *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 3. findet hier nichts als Tribonianismen. Man sehe aber dagegen HUBER Eunomia Rom. pag. 283.

78) Statuti sumtus heissen hier nicht, wie Anton Faber meint, nothwendige Ausgaben, sondern gewöhnliche Ausgaben, so wie sie der Beklagte, vor erhaltener Erbschaft, nach der ihm eigenen Art zu wirthschaften, zu machen pflegte. S. Westphals Commentar §. 445.

79) Hier ist das Wort causa zu ergänzen.

80) Das Fideicommiß, was mit der Clausel, wenn etwas von der Erbschaft übrig bleiben wird, war hinterlassen worden, berechtigte vor Justinians Nov. 108. den Fiduciar, die ganze Erbschaft aufzuzehren. Derselbe durfte nur nicht diese Befugniß arglistigerweise, um das Fideicommiß zu vermindern, oder zu unterschlagen, mißbrauchen. Er durfte auch von den Erbschaftssachen nichts in sein Vermögen verwenden. Hat er also Kaufgelder aus veräußerten Erbschaftssachen zu seinem Vermögen geschlagen, oder er hat für das Geld andere Sachen angeschaft, so muß das alles dem Fideicommissar restituirt werden. *L.* 70. *et* 71. *D. de legat. II.* Auch die Ausgaben, die er von der Erb-

sumtus utrum ex hereditate decedent exemplo rescripti D. *Marci*, an ex solo patrimonio, videndum erit. Et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quae, etsi non heres fuisset, erogasset [81]). Hat der b. f. possessor Schulden gemacht, und dafür Sachen der Erbschaft zum Pfande gegeben, so muß er dieselben aus seinem Vermögen einlösen, und darf hier der Erbschaft nichts anrechnen. Simili modo, sagt **Ulpian** [82]), mutuam pecuniam accepit, quasi dives se deceperit. *Si tamen pignori res hereditarias dedit*, videndum, an vel sic attingatur hereditas? Quod est difficile [83]), cum ipse sit obligatus. Wie aber, wenn der b. f. possessor erbschaftliche Sachen noch vor entstandenem Proceß veräußert hat, durch deren Werth er zur Zeit der wider ihn angestellten Klage nicht mehr bereichert ist, könnte nicht etwa der Erbe gegen den Käufer, die Eigenthumsklage anstellen, sofern er solche noch nicht usucapirt hat? Es ist mit **Ulpian** [84]) ein Unterschied

Erbschaft bestritten hatte, konnten nach den Gesetzen der Pandecten nicht bloß von der Erbschaft abgerechnet werden, sondern hatte der Fiduciar ein eigenes Vermögen, so mußten sie nach dem Verhältniß desselben repartirt werden. Z. B. wenn das Vermögen 2000, die Erbschaft 1000 betrug, und der Fiduciar 600 verzehrt hatte, so mußte er 400 auf jenes, und 200 auf diese rechnen. *L.* 3. §. 2. *D. de Usur. L.* 54. *D. ad SCtum Trebell.* Nach der Nov. 108. fällt alles dies weg, vermöge welcher der Erbe über drey Viertel der Erbschaft frey disponiren kann. S. *Io. Aug.* REICHARDT Diss. de fideicommisso eius, quod superfuturum erit. *Ienae* 1785.

81) Das Rescript des K. Marcus redet zwar von einem ganz andern Falle, als von welchem Ulpian handelt; und insoweit hat Faber gar nicht Unrecht. Allein Ulpian will auch daraus kein Argument hernehmen; sondern es ist gleichsam nur ein Problem, ob nicht etwa die Analogie jenes Rescripts hier eintrete, welches nun aber Ulpian ausdrücklich läugnet. S. HUBER Eunom. Rom. pag. 284.

82 *L.* 25. §. 13. *et* 14. *D. h. t.*

83) *Quod est difficile* heißt hier soviel, als: quod est negandum. S. Westphals angef. Commentar. §. 448.

84) *L.* 25. §. 17. *D. h. t.*

terschied zu machen, ob der Käufer gegen den Verkäufer den Regreß nehmen kann, oder nicht; in dem ersten Falle hat die Klage nicht Statt, wohl aber in dem letztern. Puto posse res vindicari, sagt er, *nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent.*

Was nun hingegen der b. f. possessor während des Prozesses veräußert, verschwendet, oder aufgezehrt hat, das muß er, einem malae fidei possessor gleich, ersetzen, er mag dadurch bereichert seyn, oder nicht, sofern ihm nämlich eine Schuld beygemessen werden kann, daß er nicht bereichert ist [85]). Denn gleich von Zeit der erhobenen Klage an, ist ihm alle Veräußerung verboten, wenn auch noch nicht lis contestirt worden ist [86]), wofern er nicht etwa den Kläger durch Bürgschaft, die Jemand für ihn leistet, sicherstellt, oder ihm die Veräußerung in solchen Fällen, wo es die Nothwendigkeit, oder der Nutzen der Erbschaft erfordert, von dem Richter erlaubt wird [87]). Da durch jene Kaution der Erbe wegen des Werths der ganzen Erbschaft auf jeden Veräußerungsfall sicher gestellt wird, so kann man sich daraus erklä-

85) *L.* 20. §. 6. *et* 16. *D. eod.* Westphal im angef. Commentar §. 411.

86) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 5. D. h. t. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 36.

87) *L.* 5. *pr. D. h. t.* Divus *Pius* rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: *nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum eius restitutione satisdare.* Causa enim cognita, et si non talis data sit satisdatio, sed solita cautio etiam post litem coeptam, deminutionem se concessurum, Praetor edixit: ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates aliquas impediat: utputa si ad funus sit aliquid necessarium. (Nam funeris gratia deminutionem permittit.) Item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem solvatur, pignus distrahatur. Sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio. Sed et res tempore perituras permittere debet Praetor distrahere.

erklären, wenn Javolen [88]) sagt: In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea *negotiationis causa veniit*. Sin autem ex *fideicommissi causa*, nihil amplius, quam quod bona fide accedit. Ich bin hier mit **Anton Faber** [89]), den **Westphal** [90]), wie mir dünkt, ganz ohne Grund tadelt, vollkommen überzeugt, daß in dieser Stelle von freywilligen Veräußerungen erbschaftlicher Sachen die Rede sey, welche der b. f. possessor nach entstandenem Prozeße unternommen hat. Denn wegen dessen, was derselbe vor dem Prozeß veräußert hat, ersetzt er nie mehr, als er erhalten hat, und dieß ist auch denn der Fall, wenn ihn der Testirer selbst gebeten hat, die Erbschaft gegen Empfang eines gewissen Werths, einem andern, als ein Fideicommiß, abzutreten. Veräußert er hingegen während des Prozeßes freywillig, wie **Jensius** [91]) das *negotiationis causa* versteht, so haftet er, seiner Caution zu Folge, für den wahren Werth, wenn er gleich weniger dafür gelöset hätte. Es ist also gar nicht nöthig hier eine besondere Meinung des **Javolens** mit **Westphal** anzunehmen.

Hat der Besitzer eine Sache, welche er von der Erbschaft verkauft hatte, nachher wieder erhalten; er hat sie z. B. in der Folge wohlfeiler zurück erkauft [92]), so entsteht die Frage, ob der Kläger die Wahl habe, die Sache selbst oder deren Werth zu for-

88) *L.* 48. *D. h. t.*

89) Rational. ad L. 48. D. cit.

90) Im angef. Commentar §. 421.

91) Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 38.

92) *L.* 22. *D. h. t.* sagt: Si et rem et pretium habeat b. f. possessor, puta quod eandem rem emerit. Die Basilica Tom. V. pag. 551. lesen hier besser ἀνταγοράσας d. i. redemerit, statt rem emerit, und *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. lib. II. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1508.) bemerkt, daß diese Lesart auch in einigen Manuscripten der Pandecten vorkomme.

fordern? Bey einem malae fidei poſſeſſore iſt es keinem Zweifel unterworfen, theils daß der Kläger die Wahl habe, entweder die Sache ſelbſt oder den ganzen Werth derſelben zu fordern: theils, wenn er die Sache ſelbſt fordert, den Gewinn, den der Beklagte bey dem Verkauf und nachmahligen Wiederkauf der Sache gemacht hat, verlangen könne. Allein iſt der Beklagte ein bonae fidei poſſeſſor, ſo hat dieſer die Wahl, ob er die Sache, oder den empfangenen Werth zurückgeben wolle. Da aber doch der b. f. poſſeſſor von dem Verkauf der Sachen keinen Gewinn behalten ſoll, ſo muß er, wenn er das erſte wählt, auch den Ueberſchuß des empfangenen Werths zurückgeben [93]). Ob nun alſo und wieweit der b. f. poſſeſſor bereichert ſey, ergiebt ſich freylich aus den Umſtänden zur Zeit der erhobenen Klage. Da indeſſen der b. f. poſſeſſor für keine Unglücksfälle haftet, ſo läßt ſich daraus erklären, wenn die Geſetze ſagen, daß in Abſicht auf die Bereicherung deſſelben auf die Zeit der Verurtheilung zu ſehen ſey [94]).

2) Iſt hingegen der Beklagte ein malae fidei poſſeſſor, ſo kommt es darauf an, ob die Veräußerung für die Erbſchaft nöthig oder nützlich war. Z. B. er hat unnütze Sachen verkauft, die die Erbmaſſe nur beläſtigten, oder welche mit der Zeit verdorben wären, oder die Veräußerung war nöthig, um dringende Erbſchaftsſchulden davon zu bezahlen. In dieſem Falle kann von dem Beſitzer nur der wahre, oder der empfangene höhere Werth gefordert werden, wenn gleich die Sache noch bey dem Käufer vorhanden wäre. Iſt hingegen die Veräußerung ohne alle Urſache geſchehen, ſo iſt entweder die Sache noch bey dem Käufer, und zwar unverletzt, vorhanden, oder nicht. In dem erſten Falle

93) *L.* 22. *D. h. t.* — Oportet igitur poſſeſſorem et rem reſtituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus eſt. S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 183. ſeq. HUBER Eunom. Rom. pag. 277. ſeq. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1678.

94) *L.* 40. *pr. D. h. t. L.* 36. §. 4. *D. eodem.* S. POTHIER Pand. Iuſtin. T. I. h. t. nr. XLIII. not. b. und Weſtphals Commentar §. 449. u. 450.

hat der Kläger die Wahl, ob er die Sache mit den Früchten, oder den Werth mit den Zinsen fordern will. Kann der Beklagte die veräußerte Sache in Natur nicht wieder schaffen, so braucht sich der Kläger nicht mit dem Werthe zu begnügen, den der Beklagte dafür empfangen hat, sondern er kann den Werth mittelst Eides bestimmen. In dem letzten Falle hingegen, wenn die veräußerte Sache bey dem Käufer verunglückt ist, könnte man vielleicht denken, die Klage falle nun weg, wenn die Sache auch bey ihm auf die nämliche Art zu Grunde gegangen seyn würde; weil derjenige, welcher dolo zu besitzen aufgehört hat, eben so verurtheilt werden soll, als ob er noch im Besitz wäre. Hätte er nun aber nicht veräußert, so würde ihn der Unglücksfall von der Restitution der Sache und deren Werths befreyet haben. Allein dann würde ja der malae fidei poſſeſſor dabey gewinnen. Der Kläger kann also wenigstens den wahren Werth verlangen, weil er, wenn er die Sache gehabt hätte, solche hätte verkaufen können. Wäre die Sache über ihren wahren Werth verkauft worden, so muß der malae fidei poſſeſſor auch diesen Gewinn dem Kläger herausgeben. Auf diese Art, glaube ich, lassen sich die hierüber sprechenden Stellen der Pandecten mit einander füglich vereinigen, welche folgendermaßen lauten:

L. 20. §. 2. D. h. t. Simili modo etsi fundum hereditarium distraxit, si quidem *sine causa*, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitionem venire. Quodsi *aeris exsolvendi gratia hereditarii* id fecit, non amplius venire, quam pretium.

L. 53. D. eodem. Non solum ad aes alienum hereditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed et si impensae necessariae in rem hereditariam factae sunt a possessore, vel si mora periturae deterioresve futurae erant.

L. 20. §. 12. D. eod. Haec adversus bonae fidei possessores. Nam ita Senatus locutus est: *eos, qui se heredes existimassent.* Caeterum si quis sciens, ad se hereditatem non pertinere, distraxit; sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus eorum. Sed imperator SEVERUS epistola

epiſtola ad *Celerem* idem videtur feciſſe et in malae fidei poſſeſſoribus. Atquin Senatus de his eſt locutus, qui ſe heredes exiſtimant. Niſi forte ad eas *res* referemus, *quas diſtrahi expedierat, quae onerabant* magis hereditatem, quam fructui erant: ut ſit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adverſus malae fidei poſſeſſorem, utrum ipſius rei et fructum, an pretii et uſurarum poſt motam controverſiam. Die Epiſtola *Severi* ad Celerem, deren hier **Ulpian** gedenkt, iſt das Reſcript dieſes Kaiſers, welches *L. 1. C. de his, quibus ut indignis* befindlich iſt. Es handelt eigentlich von einem wahren Erben, der ſich aber der Erbſchaft dadurch unwürdig gemacht hat, daß er den gewaltſamen Tod des Erblaſſers zu rächen unterließ. Ein ſolcher wird L. 1. auch ſchon vor erhobener fiskaliſchen Klage für einen malae fidei poſſeſſor erklärt, quia debitum officium pietatis ſciens omiſit. Hat dieſer alſo erbſchaftliche Sachen veräußert, ſo ſoll er den Werth mit den Zinſen erſetzen. Dieſe Verordnung ſucht **Ulpian** hier mit dem Senatusconſultum, mit deſſen Erklärung er ſich beſchäftiget, zu vereinigen. Das Senatusconſultum ſpricht von bonae fidei poſſeſſoribus; und auch dieſe ſollen den Werth der vor entſtandenen Prozeße veräußerten Sachen reſtituiren, wenn gegen ſie erkannt worden. Bey den malae fidei poſſeſſoribus ſollte es alſo anders ſeyn. Ohne Zweifel ſollte der malae fidei poſſeſſor nicht den Werth der Sache, ſondern die Sache ſelbſt mit den Früchten reſtituiren. **Ulpian** ſchlägt nun einen doppelten Weg ein, um beyde Geſetze, das SCtum mit dem Reſcript des Kaiſers **Sever** zu vereinigen. Entweder das Reſcript iſt bloß von ſolchen Fällen zu verſtehen, wo die Veräußerung für die Erbſchaft nöthig oder nützlich war; oder es iſt ſo zu erklären [95]), daß es dem Kläger die Wahl läßt, ob er die Sache mit den Früchten, oder den Werth nebſt den Zinſen verlangen wolle, wenn er ſich bey dem letztern beſſer befindet. **Amaya** [96]) glaubt indeſſen, es

95) Der ganze Zuſammenhang lehrt, daß man ſtatt: ut ſit in arbitrio leſen müſſe: *aut sit in arbitrio*, wie **Weſtphal** in den angef. Commentar §. 422. S. 267. behauptet, oder es iſt das Wörtchen *vel* mit POTHIER in Pandect. Iuſtin. h. t. nr. XXXIV. not. d. einzuſchalten.

96) Obſervation. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 74. ſqq.

gebe noch einen andern Weg der Vereinigung, wenn man annimmt, das Rescript des Severs habe in dem Falle, wovon es spricht, aus besonderer Milde und zu Gunsten des Erben wider den Fiskus entschieden, wie dieses bey gutgesinnten römischen Kaisern öfters der Fall gewesen. Allein daß Sever den Erben habe favorisiren wollen, läßt sich, wie wir dünkt, aus den Worten: Usuras autem semisses dependere, *satis est*, noch nicht schließen.

L. 20. §. 21. D. h. t. Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditae sint res, vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emtorem extent, nec deperditae, nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor: aut si recipere eas ab emtore nullo modo possit, tantum, *quantum in litem esset iuratum.* At ubi perditae sunt, et deminutae, verum pretium debet praestari: quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet.

L. 33. §. 1. D. eod. IULIANUS scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestaturum. Imputaretur enim ei, si non distraxisset. Quodsi necessarium hereditati: siquidem vivit: ipsum praestandum. Si decesserit; fortassis nec pretium [97]). Sed non passurum iudicem, qui cognoscit, pretium lucrari, scribit. Et verius est.

L. 36. §. 3. D. eodem. Si praedo dolo desiisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura, etsi eadem causa possessionis mansisset, quantum ad verba Senatusconsulti melior est causa praedonis, quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adiectum esset, *si res interierit.* Sed non est dubium, quia non debeat melioris esse conditionis, quam bonae fidei possessor. Itaque et si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur. Alioquin lucretur aliquid praedo [98]).

Nach

97) Wenn nämlich der Unglücksfall ein solcher ist, wodurch die Sache bey dem Kläger selbst zu Grunde gegangen seyn würde.

98) Man sehe über diese Stelle Westphals angef. Commentar §. 429.

Nach diesen Stellen scheint mir also der Unterschied, den mehrere Rechtsgelehrten [99]) auch bey dem malae fidei possessore machen, ob nämlich die Veräußerung vor oder nach der Litiscontestation geschehen ist, ganz irrelevant zu seyn.

§. 570.

II) In Absicht auf die Restitution der Früchte und Zinsen.

Da die Erbschaftsklage auch auf die Accessionen der Erbschaft geht, so ist nun ferner die Frage zu erörtern, in wiefern der Besitzer die Früchte dem Kläger restituirt? Auch hier ist der Unterschied zwischen dem bonae und malae fidei possessor sehr wichtig. Soviel also

I) den bonae fidei possessor anbetrift, so ist

1) in Ansehung der vor entstandenem Prozesse gezogenen Früchte, ausser Zweifel, daß er diejenigen, welche zur Zeit der erhobenen Klage noch existirten, restituiren müsse [100]). Denn diese sind als ein Theil der Erbschaft anzusehen [1]). Sie brauchen daher nicht besonders gefordert zu werden, sondern sind in der Forderung der Erbschaft überhaupt schon mit eingeschlossen [2]). Waren hingegen die Früchte schon vor dem Prozeß consumirt, so ist er solche zu restituiren nicht verbunden, ausser in soweit er dadurch noch jetzt bereichert ist [3]). Es wollen zwar einige Rechtsgelehrten [4]) den b. f. possessor von der Restitution der vor dem Prozeß consumirten Früchte unbedingt freysprechen, und für diese Meinung scheint auch eine Stelle in den Institutionen des K. Justinian [5]) zu sprechen, wo es heißt: Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit; si vero bona fide

99) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1678. MALBLANC Dig. h. t. §. 378. nr. III.

100) S. *Fr. de* AMAYA Observat. iur. lib. III. cap. 2. nr. 47. seqq.

1) *L.* 40. §. 1. *D. h. t. L.* 20. §. 3. *D. eodem.*

2) *L.* 2. *C. eodem.* wo es heißt: *Fructibus enim augetur hereditas*, cum ab eo possidetur, a quo peti potest.

3) *L.* 1. §. 1. *C. h. t.* Ante litis contestationem — fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, *nisi ex his locupletiores extiterint.*

4) Man sehe z. B. *Io. Iac. de* HOEFLER Diss. de immunitate b. f. possessoris a restitutione fructuum. *Helmstadii* 1761. §. 13.

5) §. 2. *I. de offic. iudic.*

fide possessor fuerit, *non habetur ratio consumtorum*, neque non perceptorum. Allein es ist schon von andern [6]) erinnert worden, daß sich die Verfasser der Institutionen aus Liebe zur Kürze nicht immer richtig und bestimmt genug ausgedrückt haben. Denn daß der Besitzer jeden Gewinn herausgeben muß, den er aus der Erbschaft gezogen hat, sagen nicht nur die Gesetze [7]) ausdrücklich, sondern eben dies ist auch der Natur der Erbschaft gemäß, bey welcher, als einer universitas iuris, der Werth an die Stelle der Sache tritt [8]). Eine Ausnahme findet jedoch bey demjenigen Statt, welcher die Erbschaft noch vor entstandenem Prozeß in gutem Glauben kaufte. Daß gegen diesen die hereditatis petitio utilis unter gewissen Einschränkungen Statt habe, ist schon oben (S. 521. Nr. 1.) bemerkt worden. Diese actio utilis unterscheidet sich darin von der actio directa, daß sie in Absicht auf die vor der Klage gezogenen Früchte die Eigenschaft eines iudicii singularis annimmt. Der Käufer lucrirt daher, wie bey der Reivindication, unbedingt die von ihm bis zur Einlassung consumirten Früchte [9]).

2) Von Zeit der erhobenen Klage an muß hingegen auch der redliche Besitzer alle, sowohl gezogene, als vernachläßigte Früchte, auch die consumirten, wodurch er nicht bereichert ist, nur nicht die durch bloßen Zufall zu Grunde gegangenen, restituiren. Dieses beruhet auf klaren gesetzlichen Vorschriften [10]), welche in dem oben erklärten Rechtssatz ihren Grund haben, daß der redliche Besitzer von Zeit des entstandenen Prozesses an in Absicht auf Dolus und Kulpa einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet wird. Doch wird sich gleich nachher noch mancher Unterschied ergeben. Soviel also

II) den malae fidei possessor anbetrifft, so muß derselbe dem Erben von Anfang seines Besitzes an alle und jede Früchte restituiren,

6) Man sehe hier vorzüglich *Ad. Frid.* TRENDELENBURG Selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fructuum perceptionem. *Chilonii* 1775. Cap. III. §. 5.

7) *L.* 20. §. 6. *L.* 25. §. 11. *L.* 28. *D. eodem.*

8) *L.* 22. *D. h. t.* AMAYA c. l. nr. 49.

9) *L.* 2. *C. h. t.* Emtor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure convenitur. Man sehe über diese Stelle VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. und Westphals Commentar §. 442.

10) *L.* 1. §. 1. *C. h. t.* *L.* 2. *C. de fruct. et lit. expens.* §. 2. *I. de officio iud.* In der letzten Stelle heißt es vorzüglich; Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt.

tuiren [11]), und zwar nicht nur diejenigen, die er wirklich gezogen hat, sie mögen noch existiren, oder consumirt, oder verlohren gegangen seyn (fructus deperditi) [12]); sondern auch diejenigen, welche er nicht percipirt hat [13]), aber der Erbe percipirt haben würde, wenn ihm die Erbschaft nicht wäre vorenthalten worden [14]), und zwar bis zur Zeit des rechtskräftigen Urtheils, wenn gleich die Sachen selbst, wovon die Früchte zu ersetzen sind, während seines Besitzes zu Grunde gegangen wären [15]).

Nun entsteht noch die Frage, in wiefern bey der Erbschaftsklage auch die Zinsen zu vergüten sind? Hier ist Folgendes zu bemerken.

1) Die Zinsen, welche der Besitzer von den Erbschaftsschuldnern bezogen hat, muß jeder Besitzer, er sey bonae oder m. f. possessor, in soweit vergüten, als er die Früchte zu ersetzen schuldig ist [16]). Nam usurae perceptae vicem fructuum obtinent [17]).

2) Zinsen von Geldern, die aus veräußerten Erbschaftssachen gelößt worden sind, darf

a) der Besitzer in gutem Glauben nur erst von Zeit der wider ihn erhobenen Klage an erstatten [18]), und es ist dann gleichgültig, ob er diese Gelder wirklich erhoben hat, oder ob er sie hätte erheben können [19]). Hat er aber selbst Zinsen vor entstandenem Prozeß bezogen, so ersetzt er sie in soweit, als er dadurch noch jetzt bereichert ist [20]). Wenn hingegen

b) der Besitzer in bösem Glauben, oder auch der b. f. possessor nach entstandenem Prozeß Erbschaftsstücke verkauft hat, so muß er eigentlich die Sache selbst mit den Früchten restituiren [21]).

Das

11) *L.* 40. §. 1. *D. h. t.* Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem.

12) *L.* 21. *D. h. t.* Siehe Westphals Commentar §. 485.

13) *L.* 25. §. 4. *D. h. t.* §. 2. *I. de offic. iudic.*

14) *L.* 62. §. 1. *D. de Rei vindic.* *L.* 4. *C. unde vi.* HASSE Diss. de litis contestat. an et quat. b. f. possessor per eam in m. f. constituatur. §. 7. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. B. Medit. 69.

15) *L.* 33. *D. de Rei vind.*

16) *L.* 1. §. 1. *C. de petit. hered.* *L.* 1. *C. de his quae ut indignis.*

17) *L.* 34. *pr. D. de Usur.*

18) *L.* 20. §. 11. *D. h. t.*

19) *L.* 20. §. 15. *D. eod.* Er kann jedoch dem Kläger auch die Klage gegen den Käufer abtreten. *L.* 20. §. 17. *D. h. t.*

20) *L.* 1. §. 1. *C. de petit. heredit.*

21) *L.* 20. §. 2. *et* 12. *D. h. t.*

Das Kaufgeld mit den Zinsen aber kann nur dann gefordert werden, wenn der Verkauf der Sachen für die Erbschaft nöthig, oder nützlich war [22]).

3) Zinsen von Früchten, welche

a) vor entstandenem Proceß verkauft worden, muß der malae fidei possessor unbedingt bezahlen [23]), der redliche Besitzer aber darf nur das ersetzen, um was er reicher geworden ist [24]). Denn solche Früchte, welche bereits vor erhobener Klage bezogen worden sind, vermehren die Erbschaft, und kommen als Theile derselben, nicht als Accessionen, in die Erbschaftsklage [25]).

b) Von den Früchten hingegen, welche erst nach entstandenem Prozeß bezogen worden sind, sagt Papinian [26]), dürfen keine Zinsen bezahlt werden. Denn diese kommen nicht als für sich bestehende Theile in die Erbschaftsklage, da sie ja bey der Anstellung derselben noch nicht existirten; als bloßer Zuwachs werden sie durch das richterliche Amt dem Kläger zuerkannt. Vom Zuwachse aber kann es nicht wieder einen neuen Zuwachs geben [27]).

4) Zinsen von baaren Geldern, welche in der Erbschaft vorhanden waren, wenn solche nicht ausgeliehen worden, ersetzt auch selbst der malae fidei possessor nicht [28]). Weil er für das Capital haften muß, wenn es verlohren geht. Es konnte ihm also nicht zugemuthet werden, das Geld auf seine Gefahr auszuthun [29]). Hat aber der Besitzer der Erbschaft das Geld auf Zinsen ausgeliehen,

22) *L.* 20. §. 12. *et* 16. *D. h. t. L.* 1. *C. de his, quae. ut indignis.* S. Heinr. Ernst. Ferd. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. (Stuttgard 1800.) S. 54. ff.

23) *L.* 51. §. 1. *D. h. t. L.* 18. *D. de his, quae ut indignis auser.* S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 12. VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 15.

24) *L.* 40. §. 1. *D. h. t. L.* 1. §. 1. *C. h. t.*

25) *L.* 20. §. 3. *L.* 40. §. 1. *D. h. t. L.* 2. *C. eod.*

26) *L.* 51. §. 1. *D. h. t.*

27) S. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16. Westphals Commentar. §. 483 und Boley angef. Betrachtungen S. 58. f.

28) *L.* 20. §. 14. *D. h. t.* Papinianus autem lib. III. Quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum. Diese Stelle spricht ganz allgemein, und kann daher nicht bloß von einem Besitzer in gutem Glauben verstanden werden. Man sehe FABER in Rational. ad h. l. VOET h. t. §. 15. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 15. et ad *Eundem* EMMINGHAUS nota. et b. Westphal im angef. Commentar §. 493.

29) *L.* 26. *pr. D. de Rei vindicat.*

stehen, so kann der Erbe die Zinsen anders nicht verlangen, als wenn er auch die Gefahr des Capitals übernimmt, indem die Bezahlung der Zinsen und die Uebernahme der Gefahr sich nicht von einander trennen lassen [30]). Dem Kläger steht daher gegen den Besitzer in bösen Glauben die Wahl zu, ob er die Zinsen mit dem Risiko des Capitals, oder blos das Capital ohne Gefahr und ohne Zinsen übernehmen wolle. Dahingegen steht es dem bonae fidei possessori frey, dem Erben das, was er am Capital und Zinsen erhoben hat, soweit er dadurch reicher geworden, zu übergeben, oder demselben seine Rechte an den Schuldner, jedoch auf Gefahr des Klägers, abzutreten [31]).

§. 571.

Gegenforderungen des Beklagten.

Der Beklagte kann nun auch Gegenforderungen an der Erbschaft haben. In wiefern müssen ihm diese ersetzt werden? Man merke,

1) was der Besitzer schon vor der Uebernehmung der Erbschaft an dem Nachlasse zu fordern hatte, kann er in Abrechnung bringen. In sofern jedoch dem Besitzer seiner Forderung wegen kein Klagerecht zustand, steht zwar dem redlichen Besitzer ein Abrechnungsrecht zu, aber nicht dem malae fidei possessor, damit dieser von seinem Dolus keinen Vortheil ziehe [32]).

2) Was der Besitzer auf die Person des Erblassers, nämlich wegen seiner Krankheit und Beerdigung verwendet hat, kann er ohne Unterschied abrechnen [33]). Nicht minder,

3) was der Besitzer an Schulden bezahlt hat. Zwar wird dadurch der wahre Erbe nicht ipso iure von seiner Verbindlichkeit befreyt, wenn der Besitzer für sich Schulden des Erblassers bezahlt. Allein der Erbe kann sich gegen die Gläubiger, wenn er von

30) *L.* 67. §. 1. *D. pro socio. L.* 10. §. 8. *D. mandati.* Boley angef. Betrachtungen S. 62.

31) *L.* 30. *D. h. t.* Iulianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit: quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere: id est, vel sortem et usuras eius, si eas percepit; vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris. S. voet h. t. §. 15. in fin. und Westphals Commentar §. 476.

32) *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

33) *L.* 3. *C. h. t.*

von ihnen belangt werden sollte, mit der exceptione doli schützen. Ueberdem kann er von dem m. f. possessore eine Caution der Vertretung wegen fordern. Zu dieser Caution ist nun zwar der b. f. possessor nicht verpflichtet, allein dieser muß wenigstens dem Erben, wenn er es verlangt, die ihm zustehende condictio indebiti cediren, weil er aus Irrthum bezahlt hat, und ihm nun, nachdem er dem Erben das Bezahlte angerechnet hat, die Klage nichts mehr hilft [34]). Ein gleiches findet

4) in Ansehung der bezahlten Vermächtnisse Statt [35]).

5) Sind Unkosten wegen der Erbschaft selbst verwendet worden, so kommt es darauf an,

a) ob die Verwendung auf die Früchte gemacht worden ist. Diese werden jedem Besitzer vergütet, wenn sie wegen solcher Früchte gemacht worden sind, die er dem Erben restituiren oder dem Werthe nach vergüten muß. Denn die Regel: fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis, findet, wie Paulus [36]) sagt, auch bey den praedonibus Statt. Hatte er etwas vergebens auf Früchte verwandt, aus denen ohne sein Verschulden nichts geworden ist, so kann er diese Unkosten nur dann in Ansatz bringen, wenn er in bona fide war [37]).

b) Sind hingegen auf die Substanz der erbschaftlichen Sachen Unkosten verwendet worden, so erhält

1) der b. f. possessor durchaus für alle, selbst nicht mehr existirenden Verwendungen, Entschädigung, sie mögen nothwendige, nützliche, oder blos zur Verzierung gemachte seyn [38]).

2) Der m. f. possessor hingegen kann zwar für die nothwendigen, auch nicht mehr existirenden, weil er für deren Unterlassung verantwortlich geworden wäre [39]), für die nützlichen Verwendungen aber nur in sofern, als sie noch vorhanden sind, Entschädigung fordern [40]). Wegen der blos auf Verzierungen verwendeten Kosten hingegen ist ihm nur Trennung zu gestatten, soweit sie ohne Schaden des Ganzen möglich ist [41]).

34) *L.* 31. *pr. D. h. t. L.* 5. *C. eodem.* Westphals Commentar §. 504. u. 505.

35) *L.* 17. *D. h. t.*

36) *L.* 36. §. 5. *D. h. t. L.* 46. *D. de Usur.*

37) *L.* 37. *D. h. t.*

38) *L.* 38. *et* 39 *D. h. t.* VOET h. t. §. 21.

39) *L.* 38. juncta *L.* 31. §. 3. *D. h. t.* et *L.* 54. §. 2. *D. eodem.* VOET c. l. THIBAUT Systeм des Pand. R. T. II. §. 743.

40) *L.* 38. *in fin. D. h. t.*

41) *L.* 39. *D. eodem.*

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

von ihnen belangt werden sollte, mit der exceptione doli schützen. Ueberdem kann er von dem m. f. possessore eine Caution der Vertretung wegen fordern. Zu dieser Caution ist nun zwar der b. f. possessor nicht verpflichtet, allein dieser muß wenigstens dem Erben, wenn er es verlangt, die ihm zustehende condictio indebiti cediren, weil er aus Irrthum bezahlt hat, und ihm nun, nachdem er dem Erben das Bezahlte angerechnet hat, die Klage nichts mehr hilft [34]). Ein gleiches findet

4) in Ansehung der bezahlten Vermächtnisse Statt [35]).

5) Sind Unkosten wegen der Erbschaft selbst verwendet worden, so kommt es darauf an,

a) ob die Verwendung auf die Früchte gemacht worden ist. Diese werden jedem Besitzer vergütet, wenn sie wegen solcher Früchte gemacht worden sind, die er dem Erben restituiren oder dem Werthe nach vergüten muß. Denn die Regel: fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis, findet, wie Paulus [36]) sagt, auch bey den praedonibus Statt. Hatte er etwas vergebens auf Früchte verwandt, aus denen ohne sein Verschulden nichts geworden ist, so kann er diese Unkosten nur dann in Ansatz bringen, wenn er in bona fide war [37]).

b) Sind hingegen auf die Substanz der erbschaftlichen Sachen Unkosten verwendet worden, so erhält

1) der b. f. possessor durchaus für alle, selbst nicht mehr existirenden Verwendungen, Entschädigung, sie mögen nothwendige, nützliche, oder blos zur Verzierung gemachte seyn [38]).

2) Der m. f. possessor hingegen kann zwar für die nothwendigen, auch nicht mehr existirenden, weil er für deren Unterlassung verantwortlich geworden wäre [39]), für die nützlichen Verwendungen aber nur in sofern, als sie noch vorhanden sind, Entschädigung fordern [40]). Wegen der blos auf Verzierungen verwendeten Kosten hingegen ist ihm nur Trennung zu gestatten, soweit sie ohne Schaden des Ganzen möglich ist [41]).

34) *L.* 31. *pr. D. h. t. L.* 5. *C. eodem.* Westphals Commentar §. 504. u. 505.

35) *L.* 17. *D. h. t.*

36) *L.* 36. §. 5. *D. h. t. L.* 46. *D. de Usur.*

37) *L.* 37. *D. h. t.*

38) *L.* 38. *et* 39 *D. h. t.* VOET h. t. §. 21.

39) *L.* 38. juncta *L.* 31. §. 3. *D. h. t.* et *L.* 54. §. 2. *D. eodem.* VOET c. l. THIBAUT Systeм des Pand. R. T. II. §. 743.

40) *L.* 38. *in fin. D. h. t.*

41) *L.* 39. *D. eodem.*

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

von ihnen belangt werden sollte, mit der exceptione doli schützen. Ueberdem kann er von dem m. f. possessore eine Caution der Vertretung wegen fordern. Zu dieser Caution ist nun zwar der b. f. possessor nicht verpflichtet, allein dieser muß wenigstens dem Erben, wenn er es verlangt, die ihm zustehende condictio indebiti cediren, weil er aus Irrthum bezahlt hat, und ihm nun, nachdem er dem Erben das Bezahlte angerechnet hat, die Klage nichts mehr hilft [34]). Ein gleiches findet

4) in Ansehung der bezahlten Vermächtnisse Statt [35]).

5) Sind Unkosten wegen der Erbschaft selbst verwendet worden, so kommt es darauf an,

a) ob die Verwendung auf die Früchte gemacht worden ist. Diese werden jedem Besitzer vergütet, wenn sie wegen solcher Früchte gemacht worden sind, die er dem Erben restituiren oder dem Werthe nach vergüten muß. Denn die Regel: fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis, findet, wie Paulus [36]) sagt, auch bey den praedonibus Statt. Hatte er etwas vergebens auf Früchte verwandt, aus denen ohne sein Verschulden nichts geworden ist, so kann er diese Unkosten nur dann in Ansatz bringen, wenn er in bona fide war [37]).

b) Sind hingegen auf die Substanz der erbschaftlichen Sachen Unkosten verwendet worden, so erhält

1) der b. f. possessor durchaus für alle, selbst nicht mehr existirenden Verwendungen, Entschädigung, sie mögen nothwendige, nützliche, oder blos zur Verzierung gemachte seyn [38]).

2) Der m. f. possessor hingegen kann zwar für die nothwendigen, auch nicht mehr existirenden, weil er für deren Unterlassung verantwortlich geworden wäre [39]), für die nützlichen Verwendungen aber nur in sofern, als sie noch vorhanden sind, Entschädigung fordern [40]). Wegen der blos auf Verzierungen verwendeten Kosten hingegen ist ihm nur Trennung zu gestatten, soweit sie ohne Schaden des Ganzen möglich ist [41]).

34) *L.* 31. *pr. D. h. t. L.* 5. *C. eodem.* Westphals Commentar §. 504. u. 505.

35) *L.* 17. *D. h. t.*

36) *L.* 36. §. 5. *D. h. t. L.* 46. *D. de Usur.*

37) *L.* 37. *D. h. t.*

38) *L.* 38. *et* 39 *D. h. t.* VOET h. t. §. 21.

39) *L.* 38. juncta *L.* 31. §. 3. *D. h. t.* et *L.* 54. §. 2. *D. eodem.* VOET c. l. THIBAUT Systems des Pand. R. T. II. §. 743.

40) *L.* 38. *in fin. D. h. t.*

41) *L.* 39. *D. eodem.*

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

von ihnen belangt werden sollte, mit der exceptione doli schützen. Ueberdem kann er von dem m. f. possessore eine Caution der Vertretung wegen fordern. Zu dieser Caution ist nun zwar der b. f. possessor nicht verpflichtet, allein dieser muß wenigstens dem Erben, wenn er es verlangt, die ihm zustehende condictio indebiti cediren, weil er aus Irrthum bezahlt hat, und ihm nun, nachdem er dem Erben das Bezahlte angerechnet hat, die Klage nichts mehr hilft [34]). Ein gleiches findet

4) in Ansehung der bezahlten Vermächtnisse Statt [35]).

5) Sind Unkosten wegen der Erbschaft selbst verwendet worden, so kommt es darauf an,

a) ob die Verwendung auf die Früchte gemacht worden ist. Diese werden jedem Besitzer vergütet, wenn sie wegen solcher Früchte gemacht worden sind, die er dem Erben restituiren oder dem Werthe nach vergüten muß. Denn die Regel: fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis, findet, wie Paulus [36]) sagt, auch bey den praedonibus Statt. Hatte er etwas vergebens auf Früchte verwandt, aus denen ohne sein Verschulden nichts geworden ist, so kann er diese Unkosten nur dann in Ansatz bringen, wenn er in bona fide war [37]).

b) Sind hingegen auf die Substanz der erbschaftlichen Sachen Unkosten verwendet worden, so erhält

1) der b. f. possessor durchaus für alle, selbst nicht mehr existirenden Verwendungen, Entschädigung, sie mögen nothwendige, nützliche, oder blos zur Verzierung gemachte seyn [38]).

2) Der m. f. possessor hingegen kann zwar für die nothwendigen, auch nicht mehr existirenden, weil er für deren Unterlassung verantwortlich geworden wäre [39]), für die nützlichen Verwendungen aber nur in sofern, als sie noch vorhanden sind, Entschädigung fordern [40]). Wegen der blos auf Verzierungen verwendeten Kosten hingegen ist ihm nur Trennung zu gestatten, soweit sie ohne Schaden des Ganzen möglich ist [41]).

34) *L.* 31. *pr. D. h. t. L.* 5. *C. eodem.* Westphals Commentar §. 504. u. 505.

35) *L.* 17. *D. h. t.*

36) *L.* 36. §. 5. *D. h. t. L.* 46. *D. de Usur.*

37) *L.* 37. *D. h. t.*

38) *L.* 38. *et* 39 *D. h. t.* VOET h. t. §. 21.

39) *L.* 38. juncta *L.* 31. §. 3. *D. h. t.* et *L.* 54. §. 2. *D. eodem.* VOET c. l. THIBAUT Systeм des Pand. R. T. II. §. 743.

40) *L.* 38. *in fin. D. h. t.*

41) *L.* 39. *D. eodem.*

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 7,2

Erlangen (1806)

J.rom.c. 137-7,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565386-7
VD18 90223756